

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS  
FACULDADE DE DIREITO

A VIABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO  
ADMINISTRATIVA NO DIREITO AMBIENTAL

TALITA ALVES MACHADO

RIO DE JANEIRO

2008

A VIABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO  
ADMINISTRATIVA NO DIREITO AMBIENTAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Sidney Cesar Silva Guerra.

RIO DE JANEIRO

2008

Machado, Talita Alves  
A viabilidade do controle judicial da omissão administrativa  
no direito ambiental / Talita Machado. – 2008  
75f ; .

Orientador: Sidney Cesar Silva Guerra.  
Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) –  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências  
Jurídicas e Econômicas Faculdade de Direito, 2008  
Bibliografia: f. 70-77.

1. Proteção Ambiental – Direito Administrativo. 2. Direito Ambien-  
tal – Omissão Administrativa. 3. Controle Judicial – Meio Ambiente.  
I. Guerra, Sidney Cesar Silva. II. Universidade Federal do Rio de Janei-  
ro. Faculdade de Direito. III. Título

CDD 341.347

TALITA ALVES MACHADO

A VIABILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA NO  
DIREITO AMBIENTAL

Trabalho de conclusão de curso apresentado à  
Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio de Janeiro, como requisito parcial para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

Banca Examinadora:

---

Sidney Cesar Silva Guerra – Presidente da Banca Examinadora  
Prof. Dr. da Universidade Federal do Rio de Janeiro- Orientador

---

2º Examinador

---

3º Examinador

À minha irmã Juliana, por ser minha maior fonte de  
admiração e orgulho.

Ao Nicholas, pelo amor e paciência demonstrados a  
cada momento.

E ao meu vô Chico, por ter sido o exemplo do que  
todo ser humano deve ser.

## AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador Prof. Dr. Sidney Cesar Silva Guerra, pelos conselhos, sugestões e orientação fornecidos ao longo da elaboração deste trabalho.

À minha irmã Juliana, pelo apoio e dedicação com os quais me ajudou a escrever este trabalho, revisando pacientemente tudo o que aqui foi escrito.

Aos meus pais, pelo incentivo e o apoio fornecidos.

Às minhas avós, pelo amor incondicional.

Ao Nicholas, que mesmo sendo um leigo jurídico esforçou-se para escutar minhas explicações sobre o tema deste trabalho, quando tal impulso era incontrolável.

À minha amiga Mariana, pelo incentivo, apoio e amizade e, principalmente, pela paciência em discutir comigo os meus “achados” jurisprudenciais.

Ao André, pela compatibilidade excelente que existe nesta amizade.

É uma falta de responsabilidade  
esperarmos que alguém faça as coisas por  
nós.

John Lennon.

## RESUMO

MACHADO, Talita Alves. *A Viabilidade do Controle Judicial da Omissão Administrativa no Direito Ambiental*. 2008. 75f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

O presente trabalho analisa a viabilidade do controle judicial da omissão administrativa em matéria ambiental, ressaltando a importância do controle da atuação da Administração Pública e rechaçando os óbices que poderiam inviabilizar esse tipo de controle pelo Judiciário. A primeira parte apresenta uma análise do tratamento constitucional conferido ao meio ambiente e o seu enquadramento como direito fundamental. Uma vez identificado a obrigação estatal em relação à proteção e preservação do bem ambiental, a segunda parte estuda a omissão administrativa em contraposição aos atos vinculados e discricionários da Administração Pública, examinando a necessidade de seu controle pelo Judiciário. Reconhecendo o grande dano que a Administração, por meio de sua inércia, provoca ao meio ambiente, a terceira parte ao mesmo tempo analisa e afasta os obstáculos mais frequentemente suscitados como argumentos que inviabilizariam o controle judicial da inércia administrativa. Assim, estabelecido a viabilidade do controle proposto por este trabalho, a quarta parte examina os instrumentos processuais a disposição da sociedade que são capazes de tutelar de forma eficaz o bem ambiental, corrigindo a omissão administrativa ilícita.

Palavras-Chave: Omissão Administrativa; Controle Judicial; Proteção Ambiental.



## RÉSUMÉ

MACHADO, Talita Alves. *A Viabilidade do Controle Judicial da Omissão Administrativa no Direito Ambiental*. 2008. 75f. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Ce travail examine la faisabilité d'un contrôle judiciaire de l'omission administrative sur les questions de l'environnement, en mettant l'accent sur la importance de contrôler les actions de l'Administration Publique et en éliminant les obstacles qui pourraient empêcher ce type de contrôle par le Pouvoir Judiciaire. La première partie présente une analyse du traitement accordé par la Constitution à l'environnement et sa classification comme un droit fondamental. Une fois identifiée l'obligation de l'État en ce qui concerne la protection et la préservation de l'environnement, la deuxième partie examine l'omission administrative par rapport aux actes où il y a, ou pas, la présence de la discrétion de l'administrateur, en examinant la besoin de son contrôle par le Judiciaire. Reconnaisant le grand préjudice que l'Administration, par son inertie, provoque à l'environnement, la troisième partie, au même temps qui examine, élimine aussi les obstacles soulevés plus fréquemment comme arguments qui rendrait impossible le contrôle judiciaire de l'inertie administrative. Ainsi, établit la viabilité du contrôle proposé par ce travail, la quatrième partie examine les outils de la procédure, qui sont à disposition de la société et qui sont capable de protéger efficacement l'environnement, en corrigeant l'omission administrative illégale.

Mots-clef: Omission Administrative; Contrôle Judiciaire; Protection de l'Environnement.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE.....</b>	<b>11</b>
1.1 O meio ambiente e a Constituição Federal de 1988.....	13
1.2 O meio ambiente como direito fundamental.....	15
<b>2 A OMISSÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO AMBIENTAL E A NECESSIDADE DE SEU CONTROLE.....</b>	<b>20</b>
2.1 A omissão administrativa nos atos vinculados.....	20
2.2 A omissão administrativa nos atos discricionários.....	23
2.3 A necessidade de controle da Administração Pública.....	28
<b>3 OS ÓBICES AO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL.....</b>	<b>33</b>
3.1 A teoria da separação de poderes.....	33
3.2 A discricionariedade administrativa.....	39
3.3 A falta de legitimidade democrática dos juízes.....	41
3.4 A teoria da reserva do possível.....	44
<b>4 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO AMBIENTAL.....</b>	<b>51</b>
4.1 Mandado de segurança coletivo.....	52
4.2 Ação popular.....	56
4.3 Ação civil pública.....	59
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>70</b>

## INTRODUÇÃO

O Painel Intergovernamental de Mudanças Climáticas, órgão das Nações Unidas, divulgou um relatório em fevereiro de 2007 que apontava sérias conseqüências em decorrência da mudança climática do planeta, como o aumento do nível do mar, a existência de ondas de calor intenso, a diminuição das terras propícias para a agricultura, entre outras.

Trabalhos e estudos como o acima mencionado denotam a importância e a preocupação com que hoje o mundo enxerga o meio ambiente. A progressiva degradação da natureza tem representado um comprometimento da própria manutenção do estilo de vida que o ser humano desenvolve atualmente. Após séculos de exclusivo comprometimento com o desenvolvimento econômico, de exploração predatória dos recursos naturais sem nenhuma forma de controle ou prudência, a maioria dos ordenamentos jurídicos atuais reconhece a importância do meio ambiente, passando a considerá-lo como bem jurídico da humanidade, essencial à nossa sobrevivência e ao porvir das futuras gerações.

O ordenamento jurídico brasileiro vinha reconhecendo uma certa proteção ao meio ambiente por meio de normas infraconstitucionais, porém o reconhecimento mais importante veio com a Constituição da República do Brasil de 1988 que dedicou um capítulo exclusivo a este bem jurídico, consagrando a todos o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Poder Público e à toda a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Assim, o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado é um direito difuso por pertencer a coletividade como um todo, sendo impossível determinar a sua titularidade. Este direito é também considerado como um direito positivo, uma vez que exige a atuação direta e efetiva do Poder Público. Ao impor a este o dever de proteger e preservar o meio ambiente, o legislador coloca a sociedade como sujeito passivo dessa obrigação que deve ser prestada pelo Estado.

Porém o que acontece quando o Poder Público não cumpre esta obrigação? Quando a sua omissão, a sua inatividade por meio da não elaboração de políticas ambientais, da não execução de políticas preventivas ou ainda pela abstenção do dever de fiscalização de atividades lesivas ao meio ambiente, torna-o o responsável pela degradação da qualidade ambiental? Pode a sociedade, por meio de seus representantes legitimados, como o Ministério

Público e associações ambientalistas, provocar o Judiciário para que se realize um controle sobre a conduta do Estado, ou melhor, a falta dela?

A intenção deste trabalho é buscar a resposta para essas perguntas, analisando a viabilidade de se controlar judicialmente a omissão administrativa em matéria ambiental, examinando os argumentos que demonstram a necessidade deste controle em oposição aos óbices que surgem como impecilhos jurídicos à análise deste tema pelo Judiciário.

Para tanto, no primeiro capítulo ressaltar-se-á a importância do meio ambiente como bem jurídico, analisando a tutela conferida a ele pela Constituição Federal. Também será examinado o seu enquadramento como direito fundamental de terceira geração e as consequências jurídicas decorrentes dessa classificação.

O segundo capítulo tratará da omissão administrativa, analisando-a em contraposição a atuação que a Administração Pública deveria realizar, seguindo o critério de liberdade do administrador, que classifica tal atuação em vinculada e discricionária. Também serão abordados os argumentos que apontam a necessidade de se realizar um controle sobre a atividade da Administração Pública que tem como dever institucional executar as metas previstas pela Constituição Federal e demais diplomas legais.

No terceiro capítulo examinar-se-á os óbices frequentemente suscitados pela doutrina e pela jurisprudência que, em tese, inviabilizariam o controle proposto neste trabalho. Teses como a teoria da separação de poderes, a discricionariedade administrativa, a falta de legitimidade democrática dos juízes e a teoria da reserva do possível serão revistas e rechaçadas, a fim de que os objetivos traçados na Carta Constitucional não sejam frustrados.

O quarto capítulo propõe uma análise dos instrumentos processuais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, que seriam o meio pelo qual a sociedade, sujeito passivo das prestações que o Poder Público deve realizar, suscitaria o controle judicial da omissão administrativa. Busca-se demonstrar que instrumentos como o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública são capazes de tutelar adequadamente um direito difuso como o meio ambiente, apesar do grau de efetividade desses instrumentos na tutela do bem ambiental variar de acordo com a natureza e características de cada um.

## 1 A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

O meio ambiente exerce um papel importante na vida do ser humano, estando intimamente atrelado ao direito à vida, uma vez que ele é o meio no qual o ser humano vive e se desenvolve. Sendo assim, a relação entre meio ambiente e ser humano é muito próxima, de sorte que o comportamento humano provoca modificações nas características e na qualidade da natureza, bem como os efeitos provocados pela mudança no meio ambiente acabam por exercer uma influência no comportamento do homem, tanto em relação ao seu modo de organização e produção como também em relação à maneira de tratar a natureza.

O impacto da atuação do homem no meio ambiente foi variando de acordo com a sua evolução, tornando-se cada vez mais intensa conforme o modo de produção, os recursos tecnológicos, a estrutura de classes e a cultura adotados pela sociedade ao longo do tempo.

Na Idade Média, época em que os fenômenos naturais eram explicados por meio da fé, o homem, por não compreendê-los, mantinha uma relação de temor com a natureza, chegando mesmo a considerá-la sagrada. Desta forma, sua interferência no meio ambiente visava apenas a suprir necessidades básicas que lhe permitissem viver e se reproduzir, o que ocasionava a utilização basicamente de recursos renováveis e em pequena escala, gerando, assim, um impacto ambiental mínimo.

Com o fim do sistema feudal e o início da Revolução Industrial do século XVIII, que marcou a passagem de um sistema de produção marcadamente agrário para outro de cunho industrial, dominado pelas fábricas e pela maquinaria, os recursos naturais não renováveis passaram a ser explorados em alta escala, no intuito de atender o crescimento produtivo e econômico característico daquela época. Os recursos ambientais, então, deixaram de ser vistos como fonte de subsistência e passaram a ser considerados como fonte de matéria-prima para alimentar o processo produtivo.

O crescimento e desenvolvimento da atividade industrial passaram a comprometer, de forma preocupante, recursos naturais como a água, o solo e o ar, provocando também o surgimento de novos tipos de poluição, tais como a sonora, a visual e a radioativa. Essas ações repercutiam nos animais e vegetais, dos quais diversas espécies entraram em extinção, demonstrando, assim, um intenso impacto ambiental gerado pelo homem nesse momento.

A progressiva degradação ambiental foi originada e intensificada pelo movimento industrial, já que o meio ambiente prestava relevantes serviços econômicos ao homem, através do fornecimento de recursos e de um espaço para o desenvolvimento. Desta forma, a

concessão de um grau mais elevado de proteção à natureza era visto como prejudicial para o desenvolvimento econômico dos países.

Além disso, a mentalidade antropocêntrica predominante no século XVIII, que na sua abordagem utilitarista<sup>1</sup> compreendia a natureza como fonte de recurso para as necessidades do homem, dificultava o reconhecimento do meio ambiente como um valor fundamental para o ser humano, digno de ser efetivamente protegido.

Por outro lado, segundo os ensinamentos de José Ignacio Pinochet Olave,<sup>2</sup> os próprios movimentos que respaldaram a degradação ambiental, também podem nos apresentar razões que justifiquem a necessidade de se proteger o meio ambiente. O antropocentrismo, ao privilegiar a figura do homem, ratifica o direito à vida como o mais importante direito fundamental. E esse direito não implica apenas no direito a não morrer mas também no direito a desfrutar de uma vida com um mínimo de qualidade, o que exige um meio ambiente saudável e equilibrado.

De fato, o meio ambiente é a fonte de energia e de recursos materiais imprescindíveis para a sobrevivência e o desenvolvimento do ser humano, porém é uma fonte esgotável de recursos. Assim, sendo o meio ambiente o elemento essencial para viabilizar o desenvolvimento do homem enquanto pessoa, garantindo-lhe uma qualidade de vida digna e saudável, é necessário encontrar um ponto de equilíbrio em que seja possível promover o crescimento econômico sem comprometer o meio ambiente, uma vez que a sua degradação e transformação, feitas de forma irresponsável e em grande escala, acabam representando não só a extinção de algumas espécies ou a destruição de ecossistemas, mas sim o real comprometimento do nosso direito à vida.

---

<sup>1</sup> Luciane Tessler explica que para o antropocentrismo a defesa da natureza é uma forma de proteção do próprio homem. Assim, numa abordagem antropocêntrica utilitarista, a natureza seria compreendida como fonte de recurso para as necessidades do homem, já numa ótica antropocêntrica protecionista, a proteção do meio ambiente seria uma forma de garantir a sadia qualidade de vida humana (TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurídicas do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p.31).

<sup>2</sup> PINOCHET OLAVE, José Ignacio. “El derecho al ambiente como derecho humano: relaciones y desafíos para su reconocimiento”. In: ENCUESTRO INTERNACIONAL DE DERECHO AMBIENTAL, 2., 2003, Ciudad de Mexico. *Memorias del Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*. Mexico: Instituto Nacional de Ecología, 2004. p. 525-538.

### 1.1 O meio ambiente e a Constituição Federal de 1998

A crescente ocorrência de desastres ecológicos despertou na sociedade uma conscientização em relação à proteção do meio ambiente, tendo em vista que sua degradação ameaça não só o bem-estar e a qualidade de vida do homem, como também, a sua própria sobrevivência. Essa conscientização torna-se, de fato, evidente a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano em Estocolmo, em 1972. Esta foi a primeira reunião a nível internacional que explicitou a responsabilidade dos seres humanos na conservação e proteção do meio ambiente, reconhecendo-o como direito fundamental, ao afirmar que

O homem é ao mesmo tempo criatura e criador do meio ambiente, que lhe dá sustento físico e lhe oferece a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente. A longa e difícil evolução da raça humana no planeta levou-a a um estágio em que, com o rápido progresso da Ciência e da Tecnologia, conquistou o poder de transformar de inúmeras maneiras e em escalas sem precedentes o meio ambiente. Natural ou criado pelo homem, é o meio ambiente essencial para o bem-estar e para gozo dos direitos humanos fundamentais, até mesmo o direito à própria vida.<sup>3</sup>

Essa preocupação ambiental mais tarde foi ratificada, a nível internacional, com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na cidade do Rio de Janeiro, em 1992. Esta conferência teve como principal objetivo a conciliação do desenvolvimento sócio-econômico com a conservação e a proteção do meio ambiente, apresentando, assim, a idéia do desenvolvimento sustentável.<sup>4</sup>

Tendo em vista a conscientização originada desses movimentos internacionais, a partir da década de 70 a maioria dos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo passou a consagrar a proteção do meio ambiente em seus textos constitucionais. Assim ocorreu em países como Portugal, Espanha, Grécia, Colômbia, Peru, Chile, Argentina, dentre outros, os quais garantiram o direito a um meio ambiente são, como também fixaram o dever do Estado e dos cidadãos em protegê-lo e preservá-lo.

---

<sup>3</sup> CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, de junho de 1972. Disponível em: <[http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Declaracao\\_Estocolmo\\_1972.pdf](http://www.vitaecivilis.org.br/anexos/Declaracao_Estocolmo_1972.pdf)>. Acesso em: 27. mar. 2008.

<sup>4</sup> Na CRFB/88 a idéia de desenvolvimento sustentável se encontra no art. 170, VI que estabelece como princípio geral da ordem econômica a defesa do meio ambiente.

No Brasil, as Constituições anteriores a 1988 não possuíam previsão expressa em relação ao meio ambiente. As leis e regulamentos que versavam sobre a proteção ambiental se baseavam no poder geral do Estado de proteger a saúde humana. Já na atual Carta Magna, o meio ambiente ganhou identidade própria, sendo-lhe dedicado um capítulo inteiro (Capítulo VI – Do meio ambiente). Nessa nova perspectiva, o meio ambiente deixa de ser considerado um bem jurídico *per accidens* e é elevado à categoria de bem jurídico *per se*, ou seja, com autonomia em relação a outros bens protegidos pela ordem jurídica, como a vida, a saúde e a propriedade.<sup>5</sup>

Ao longo do artigo 225, o constituinte inovou a visão atribuída ao meio ambiente, consagrando-o como bem de uso comum do povo. Essa previsão rompeu com a visão clássica segundo a qual os bens de uso comum só poderiam ser bens públicos. Isto porque, segundo o artigo 98 do Código Civil, bem público é aquele pertencente às pessoas jurídicas de direito público interno. Acontece que o meio ambiente não pertence a nenhuma pessoa jurídica de direito público interno mas sim a toda sociedade.

Nesse sentido, Luciane Tessler<sup>6</sup> chega a afirmar que o meio ambiente seria um terceiro gênero de bem jurídico, uma vez que não pode ser considerado como patrimônio público e sim bem de interesse público, em razão de suas características fluídas, de fruição coletiva e natureza transindividual, o que o transformaria em patrimônio de toda a coletividade.

O artigo 225 ao afirmar que é direito de todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado, reconheceu-lhe a natureza de direito público subjetivo, ou seja, exigível e exercitável em face do próprio Estado, que tem, também, a missão de protegê-lo.<sup>7</sup>

O constituinte impôs tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente, extraíndo-se daí a obrigação tanto de não promover a degradação ambiental como também de reconstituir aquilo que já fora destruído. Nas palavras de Édis Milaré, “não mais tem o Poder Público uma mera faculdade na matéria, mas está atado por verdadeiro dever. Transforma-se sua atuação, quanto à possibilidade de ação positiva de defesa e preservação, de discricionária em vinculada.”<sup>8</sup>

Tal dever resta evidente diante do §1º do artigo supramencionado que, em seus incisos, estabelece os instrumentos de garantia de efetividade do direito enunciado no *caput*,

---

<sup>5</sup> MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 228.

<sup>6</sup> TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit. p. 59-60.

<sup>7</sup> MILARÉ, Édis. Op.cit. p. 233.

<sup>8</sup> Ibid. p. 235.



conferindo ao Poder Público os princípios e instrumentos fundamentais de sua atuação para garantir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>9</sup>

A proteção que a Constituição fornece ao meio ambiente demonstra a preocupação do constituinte em assegurar de forma efetiva os direitos transindividuais, característicos das sociedades de massa. Estes direitos fundamentais de 3ª geração, denominados de direitos da solidariedade, dentre os quais temos o direito ao meio ambiente sadio, caracterizam-se por serem difusos, dado à indeterminabilidade dos seus titulares e a conseqüente indivisibilidade do seu objeto.

Estas características alteram fundamentalmente o esquema tradicional da tutela do bem jurídico, uma vez que a relevância jurídica do interesse não mais advém de sua afetação a um certo titular, mas do fato do interesse concernir a toda coletividade ou a uma parte desta, demonstrando o caráter coletivo do conflito.<sup>10</sup>

Da mesma forma, o objeto por ser indivisível acarreta que a satisfação de um interessado implique necessariamente a satisfação de todos, sendo que as lesões também são por todos sofridos. Destarte, o direito ao meio ambiente sadio pertence a todos e ao mesmo tempo não pertence a ninguém de maneira específica.

A relevância de enquadrar o meio ambiente como direito difuso revela-se na necessidade de aplicar-lhe um regime diferenciado, que garanta a efetividade de sua tutela. Este tipo de direito pode ser defendido em juízo mediante ações coletivas que se sujeitam ao regime processual disposto no Título III do Código de Defesa do Consumidor.<sup>11</sup>

## 1.2 O meio ambiente como direito fundamental

Apesar das expressões direitos humanos e direitos fundamentais serem frequentemente utilizadas como sinônimos, existe uma diferença entre elas. Loacir Gschwendtner<sup>12</sup>, seguindo as lições de Canotilho, explica que os direitos humanos são aqueles direitos válidos para todos os povos, em todos os tempos, enquanto que os direitos fundamentais são aqueles direitos humanos, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente.

---

<sup>9</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 31

<sup>10</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 94.

<sup>11</sup> TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit. p. 67.

<sup>12</sup> GSCHWENDTNER, Loacir. Direitos Fundamentais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: 08 maio 2008.

De acordo com essas idéias, Sylvio Motta e Gustavo Barchet<sup>13</sup> definem os direitos fundamentais como “o conjunto de direitos que, em determinado período histórico e em certa sociedade, são reputados essenciais para seus membros, e assim são tratados pela Constituição, com o que se tornam passíveis de serem exigidos e exercitados, singular ou coletivamente”.

A partir deste conceito, pode-se observar que existe uma concepção material dos direitos fundamentais e outra formal. Aquela reconhece os direitos fundamentais como sendo aqueles direitos considerados essenciais no seio de certa sociedade e em dado momento histórico, enquanto que a concepção formal, por sua vez, baseia-se na previsão do direito no documento constitucional. Esta previsão pode constar em um tópico específico, ou de forma esparsa ao longo da Constituição.

Alexandre de Moraes<sup>14</sup> entende que os direitos fundamentais, além de representarem uma proteção ao arbítrio do poder estatal, consagram também, o estabelecimento de condições mínimas de vida, a fim de possibilitar o desenvolvimento da personalidade humana, garantindo o respeito à dignidade do homem.

Sendo assim, não há dúvida em se afirmar que o meio ambiente pertence a este conjunto de condições mínimas, visto que por ser o *habitat* do ser humano, ele é indispensável à sua sobrevivência e ao seu desenvolvimento.

A Declaração de Estocolmo, ao afirmar ser o meio ambiente essencial para o bem estar e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, abriu um precedente para que as constituições supervenientes reconhecessem o meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental.

O preâmbulo da Carta Constitucional de 1988 estabelece que o Estado brasileiro será destinado a assegurar valores considerados supremos para uma sociedade fraterna, como a liberdade, a segurança e o bem estar, entre outros.

Para Hamilton Alonso Jr.<sup>15</sup>, sendo o bem estar uma conseqüência da qualidade de vida, é inadmissível juridicamente, face ao nosso ordenamento, dissociar o bem ambiental dos direitos consagrados como fundamentais, independentemente dele não estar alocado no capítulo da Carta Magna onde se situam os direitos e garantias fundamentais.

---

<sup>13</sup> MOTTA, Sylvio, BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997. p. 147

<sup>14</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 20.

<sup>15</sup> ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p.41.

Mesmo que o meio ambiente não esteja previsto no rol do art. 5º da Constituição Federal, ele pode ser considerado formalmente como direito fundamental, pois está previsto no art. 225 do mesmo diploma legal, e este rol, conforme disposição do §2º do art. 5º, não é taxativo. Além disso, cabe ressaltar que é inegável o caráter material de direito fundamental que este bem jurídico possui, uma vez que o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado é absolutamente necessário à vida do ser humano.

Sendo assim, o autor acima citado afirma, aos relutantes em aceitar o meio ambiente como um direito formalmente fundamental, que este seu enquadramento formal também ocorreria em razão do art. 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que estabeleceu a adoção de medidas a fim de assegurar a toda pessoa o desfrute do mais elevado nível possível de saúde física, mental e com a melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente. Isto é possível diante da disposição do art. 5º, § 2º da Constituição Federal, que representa uma cláusula aberta, ao permitir a qualificação de novos direitos fundamentais, quando extraídos de outras fontes como os tratados internacionais celebrados pelo Brasil.<sup>16</sup>

Desta forma, caso o art. 225 da Constituição Federal não fosse suficiente para formalmente inserir o meio ambiente como direito fundamental, esta inserção ocorreria em razão da redação do §2º do art. 5º da Lei Maior.

Esse enquadramento do meio ambiente como direito fundamental é extremamente relevante, tendo em vista que, em razão desta classificação, lhe é conferido determinadas características que mostram-se essenciais para a proteção deste bem jurídico.

A primeira delas seria a imutabilidade diante da caracterização como cláusula pétrea, em razão da redação do art. 60, §4º da CFRB/88. Apesar deste dispositivo estabelecer a impossibilidade de existir emenda à Constituição que disponha sobre a eliminação de garantias e direitos individuais, entende-se que não há como separar a proteção do direito a um meio ambiente equilibrado dos demais direitos individuais. Destarte, não havendo como afastar a íntima relação que o direito à vida, à saúde, dentre outros, mantêm com a necessidade de um meio ambiente sadio, negar a qualificação do direito ao meio ambiente equilibrado como cláusula pétrea é negar a proteção aos demais direitos fundamentais individuais, previstos expressamente no §4º do art. 60 da Lei Maior.<sup>17</sup>

Outro argumento a favor da imutabilidade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é o fato da Constituição Federal ter expressamente qualificado-o

---

<sup>16</sup> Ibid. p. 43.

<sup>17</sup> Ibid. p. 49. Nesse sentido ver também TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit. p. 81.

como direito intergeracional, ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. A previsão desse dever não permite que ocorra a reforma da Constituição a fim de reduzir um direito também adquirido pelas futuras gerações.<sup>18</sup>

A segunda característica que pode-se citar é a extensão do sistema hermenêutico mais benéfico, próprio dos direitos humanos. Em caso de conflito de normas, deve prevalecer a norma que mais favoreça o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.<sup>19</sup>

Hamilton Alonso Jr.<sup>20</sup> atenta para o fato de que o conflito pode surgir entre normas que estabelecem direitos fundamentais. Nestes casos, caberá ao intérprete, por meio do princípio da proporcionalidade, realizar uma ponderação entre os dois direitos fundamentais em colisão, sempre visando a que o sacrifício sofrido por um seja sempre menor que a importância da satisfação do outro.

Por fim, como terceira característica pode-se citar a imprescritibilidade do direito ao meio ambiente equilibrado. Como este direito encontra-se ligado à personalidade, sendo um valor indisponível, não está submetido ao instituto da prescrição. Este só atinge a exigibilidade de direitos que possuem um caráter meramente patrimonial, não atingindo a exigibilidade de direitos personalíssimos, mesmo que não sejam individuais, como é o caso do meio ambiente.<sup>21</sup>

Do fato de ser um valor indisponível, pode-se desprender ainda duas outras características: a inalienabilidade, uma vez que não pode ser transferido ou negociado e a irrenunciabilidade, que não permite ao titular do direito fundamental dele dispor.

O regramento constitucional prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, com base no seu art. 5º, §1º. Acontece que na realidade inúmeros direitos constitucionais não se mostram efetivos, conseqüentemente observa-se uma enorme distância entre o que está previsto em lei e aquilo que efetivamente é implementado.

Em face ao direito de efetivação da Constituição, cujas disposições são vinculantes, não se admitindo que convertam-se em meras intenções ou conselhos, tem-se que, em relação à implementação do direito ambiental, a atuação do Poder Público, notadamente a Administração Pública, mediante a execução de políticas públicas, corresponde a um dever e não a um poder. Essa obrigatoriedade da ação governamental encontra-se evidente tanto na disposição do art. 225, CFRB/88 como na do art. 2º, I, da Lei nº 6.938/81.

---

<sup>18</sup> Ibid. p. 50.

<sup>19</sup> TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit. p. 82

<sup>20</sup> ALONSO JR., Hamilton. Op. cit. p. 53.

<sup>21</sup> Ibid. p. 54-55.

Assim entende Édis Milaré ao afirmar que “cria-se para o Poder Público um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer. (...) Este, a partir da CF/88, não atua porque quer, mas porque assim lhe é determinado pelo legislador-maior.”<sup>22</sup>

Desta forma, a omissão do Estado, cujo papel é assegurar a efetiva proteção ao meio ambiente, pode vir a representar uma ameaça a este bem jurídico. Tal ameaça ou eventual lesão pode ser afastada pelo Judiciário, tendo em vista que sua imediata vinculação aos direitos fundamentais o obriga a prestar a tutela jurisdicional que efetivamente realize o direito fundamental do jurisdicionado.<sup>23</sup>

Segundo Alexandre de Moraes<sup>24</sup>

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais não significou mera enunciação formal de princípios, mas a plena positivação de direitos, a partir dos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário para a concretização da democracia. Ressalte-se que a proteção judicial é absolutamente indispensável para tornar efetiva a aplicabilidade e o respeito aos direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal e no ordenamento jurídico em geral.

Assim, o Poder Judiciário nada mais está do que exercendo sua função típica, a de fornecer a tutela jurisdicional a quem a pleiteia. O conflito de interesses levado ao Judiciário neste caso, é justamente a pretensão de um meio ambiente equilibrado e sadio, resistida pela omissão do Estado em tutelar eficazmente este bem jurídico.

Nas palavras de Fernanda Silva Tose,<sup>25</sup> “o Legislativo e Executivo devem respeito aos preceitos e princípios traçados pela Constituição; quando houver transgressão cabe a intervenção do Judiciário.” Essa intervenção judicial decorre de sua competência na guarda da Constituição, e acaba por reforçar a idéia de eficácia plena e imediata dos direitos sociais fundamentais.

---

<sup>22</sup> MILARÉ, Édis. Op.cit. p. 235.

<sup>23</sup> TESSLER, Luciane Gonçalves. Op. cit. p. 84-85.

<sup>24</sup> MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 21.

<sup>25</sup> TOSE, Fernanda Silva. O controle judicial das omissões ou falhas legislativas e administrativas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 33, set. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_leituras&artigo\\_id=1281](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_leituras&artigo_id=1281)> Acesso em 06/03/2008.

## **2 A OMISSÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO AMBIENTAL E A NECESSIDADE DE SEU CONTROLE**

A necessidade de controle da Administração Pública encontra respaldo na própria idéia de supremacia da Constituição, bem como no direito que toda a sociedade tem de vê-la concretizada. A omissão administrativa diante de um mandamento constitucional, compromete a integridade e a imperatividade da Constituição e portanto deve ser combatida. Dentro do ordenamento jurídico positivo, a Constituição é o documento de maior hierarquia, estabelecendo os fins que o Estado tem que alcançar, bem como sua própria razão de existir.

Se a Constituição Federal, em seu preâmbulo, estabelece como destino do Estado brasileiro assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, não pode a omissão da Administração Pública frustrar esses objetivos.

Destarte, neste capítulo analisar-se-á o não agir do Poder Público em contraposição à atuação que este deveria realizar mas que, na prática, não a desempenha. Tal atuação será dividida, segundo o critério de liberdade de ação do administrador, em atos vinculados e atos discricionários.

### **2.1 A omissão administrativa nos atos vinculados**

Nos atos vinculados não há liberdade de atuação por parte do administrador, isto porque todos os seus elementos estão previstos em lei, não havendo margem alguma para sua apreciação subjetiva. A lei não deixa opções ao administrador, determinando qual deve ser o agir da Administração em face da presença de determinados requisitos.<sup>26</sup>

Os elementos ou requisitos do ato administrativo são: competência, finalidade, forma, motivo e objeto. A competência, que se traduz no círculo definido por lei, dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade; a finalidade, que corresponde ao interesse coletivo perseguido pelo administrador; e a forma, meio pelo qual a vontade é exteriorizada, são elementos que sempre mostram-se vinculados, por virem expressos no regramento legal.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 205.

<sup>27</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 90-103.

Já o motivo, que representa o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato, e o objeto, que corresponde ao efeito jurídico imediato que o ato produz, são elementos que podem apresentar-se como vinculados ou discricionários, na medida em que podem vir de maneira expressa em lei ou serem deixados a critério do administrador.<sup>28</sup>

Luis Roberto Gomes<sup>29</sup> explica que em se tratando de atividade vinculada, em que não há qualquer discricionariedade por parte do Poder Público, o controle da omissão traduz-se num mero controle de legalidade, não podendo falar-se em substituição da vontade do Poder Executivo pela do Judiciário.

Tomemos como exemplo a ementa abaixo

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA – PROJETO DE URBANIZAÇÃO DA ÁREA DO MORRO DO CAVALÃO – DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE – CONSTRUÇÕES IRREGULARES – CONSTATAÇÃO DO IBAMA DE ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE – OMISSÃO DO PODER PÚBLICO – ALEGAÇÃO DE QUE AS ÁREAS OCUPADAS ESTÃO LOTEADAS, AGINDO COM NEGLIGÊNCIA OS TITULARES DO DOMÍNIO – RECURSO REQUERENDO PRELIMINARMENTE O CHAMAMENTO DA UNIÃO, ESTADO DO RIO DE JANEIRO, BEM COMO DEMAIS INTERESSADOS PARA INTEGRAREM A LIDE COMO LITISCONSORTES PASSIVOS NECESSÁRIOS – DENECESSIDADE – DEVER DO MUNICÍPIO DE REGULARIZAR O USO, NO PARCELAMENTO E NA OCUPAÇÃO DO SOLO – ALEGAÇÃO DE INVASÃO NA ESFERA DE COMPETÊNCIA DO PODER EXECUTIVO – INOCORRÊNCIA – ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO CONFORME OS MANDAMENTOS DOS ARTIGOS 30, VIII E 182 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ARTIGOS 358, VIII E 359 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – DESPROVIMENTO DO APELO E CONFIRMAÇÃO PARCIAL EM REEXAME NECESSÁRIO PARA INSENTAR O MUNICÍPIO DA CUSTAS DO PROCESSO**

(Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. AC nº 2004.001.18744. 11ª Câmara Cível. Rel. Des. Helena Bleck Klausner. DJ. 06/10/2004)<sup>30</sup>

Neste caso o Ministério Público propôs ação civil pública em face do Município de Niterói, objetivando a retirada das construções irregulares do Morro do Cavalão, que estavam causando danos ambientais, bem como a exibição de projeto urbanístico, construção de rede de coleta de esgoto e abastecimento de água, além da regeneração da área degradada.

O Município recorreu da decisão que julgou procedente tal ação, alegando, entre outras coisas, que houve interferência do Poder Judiciário na esfera de competência constitucionalmente assegurada a este ente federativo.

De fato, este não foi o entendimento do egrégio Tribunal, que com base nos artigos citados na ementa, entendeu que o Município não tem a faculdade, mas sim o dever de

<sup>28</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 203.

<sup>29</sup> GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 74.

<sup>30</sup> Disponível em <<http://www.tj.rj.gov.br>> Acesso em: 03/04/2008.

regularizar o uso e a ocupação do solo. Tal atuação mostra-se vinculada, uma vez que os dispositivos constitucionais e outros infraconstitucionais, como os da Lei Orgânica e do Plano Diretor, estabelecem a obrigação municipal de controlar o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano, não se verificando qualquer margem de discricionariedade para a prática do ato.

Nota-se que o controle exercido sobre a omissão municipal nada mais foi que um controle de legalidade, uma vez que o comportamento do Município de Niterói não se coadunava com os dispositivos legais supramencionados.

A obrigação municipal de prover o adequado uso do solo visa a atender o princípio da função sócio-ambiental da propriedade, adotado expressamente pela Constituição Federal (art.225) e pelo Estatuto da Cidade (art.1º, parágrafo único).

O equilíbrio ambiental mencionado nestas normas consiste em premissa inafastável da Administração Pública, impelindo-a ao exercício do poder de polícia sempre que o uso indevido da propriedade urbana causar, ou ameaçar causar dano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>31</sup>

Desta forma, o Município, por ter como dever a regularização da ocupação do solo, tem também a obrigação de fiscalizar se os administrados estão cumprindo as regras estabelecidas para o uso, parcelamento e ocupação do solo.

Assim, nota-se, que ao se omitir, o Município está praticando ato ilegal que deve ser corrigido pelo Judiciário. Essa necessidade de controle judicial mostra-se mais relevante quando tal omissão ainda atenta contra um direito fundamental, constitucionalmente assegurado, como é o caso do meio ambiente que, no exemplo citado, vinha sofrendo degradações, em razão da inércia do Poder Municipal em fiscalizar a área em questão.

Neste sentido, encontra-se também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que já declarou ser a polícia administrativa uma atividade vinculada e não discricionária, e, uma vez tratando-se de um dever, é possível ao Judiciário compelir o Município ao seu respectivo exercício.<sup>32</sup>

Assim, quando a Administração Pública encontrar-se diante de uma atuação vinculada e permanecer inerte, legítima é a tutela do Poder Judiciário que, corrigindo a ilegalidade, irá compeli-la ao cumprimento do dever previsto em lei, que foi desrespeitado pela sua omissão, buscando sempre efetivar a proteção do meio ambiente.

---

<sup>31</sup> GOMES, Luís Roberto. Op. cit. p. 204-205.

<sup>32</sup> STJ, Resp nº 292.846-SP. 1ª T. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJ 07/03/2002. Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27/02/2008.



## 2.2 A omissão administrativa nos atos discricionários

Em oposição à atividade vinculada, existem hipóteses em que o regramento legal não atinge todos os aspectos da atuação administrativa, deixando para a Administração certa margem de liberdade diante do caso concreto. Nesses casos, a Administração poderá optar entre duas ou mais soluções, baseadas em critérios de mérito, a dizer, critérios de oportunidade e conveniência que serão julgados pelo próprio administrador. Esta é chamada atividade discricionária da Administração Pública.

Essa discricionariedade se justifica pela necessidade de flexibilidade de atuação que a dinâmica do interesse público exige, diante das inúmeras e diversas situações que o administrador pode vir a enfrentar. Situações estas, que são impossíveis de encontrarem-se exauridas na norma legal.<sup>33</sup>

Celso Bandeira de Mello<sup>34</sup>, analisando a posição de Afonso Rodrigues Queiró, menciona a impossibilidade jurídica da supressão da discricionariedade, uma vez que, para evitá-la, seria necessário que o legislador abandonasse a abstração, marco característico das leis. Desta forma, ele passaria da abstração à individualização, prejudicando sua própria qualidade de legislador, tendo em vista que o campo da individualização é seara administrativa.

Cabe ressaltar que a discricionariedade não representa liberdade ilimitada do administrador. De fato, a discricionariedade encontra o seu fundamento na lei e os seus limites também, de forma a impedir eventuais abusos e arbitrariedades das autoridades administrativas.

Bem explica o autor supramencionado que, apesar de existir uma discricionariedade ao nível da norma, não significa que esta existirá com a mesma amplitude, ou que sequer existirá, perante o caso concreto. Isso porque a Administração, na execução da lei, deverá sempre perseguir a finalidade que esta busca alcançar. Assim sendo, os relevos do caso concreto irão excluir obrigatoriamente algumas soluções admitidas na regra de forma abstrata,

---

<sup>33</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 66-67.

<sup>34</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 919.

e eventualmente poderá mostrar uma única solução que será apta para cumprir a finalidade da norma.<sup>35</sup>

Isso ocorre porque a Administração Pública encontra-se vinculada ao princípio da legalidade, ou seja, ela não só pode fazer aquilo que a lei não proíbe, mas sua atuação deve estar sempre baseada numa norma permissiva, que autorize aquele comportamento. O que equivale dizer que é necessário que exista uma relação de subsunção entre o comportamento administrativo e a lei, surgindo a conclusão que a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite.

Porém, no atual Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade se ampliou para abarcar, não só a lei, formalmente considerada, mas também todos os princípios consagrados explicita ou implicitamente na Constituição Federal, como os princípios da moralidade, da razoabilidade e da eficiência, entre outros.

Assim, nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro<sup>36</sup>, “em vez de afirmar-se que a discricionariedade é a liberdade de ação limitada pela lei, melhor se dirá que a discricionariedade é a liberdade de ação limitada pelo Direito.”

De fato, vale lembrar que os princípios são, por definição, verdadeiros alicerces do sistema jurídico, que compõem o espírito das normas e servem de critério para sua exata compreensão e inteligência. Em razão disso, é que Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>37</sup> chega a afirmar que o desrespeito a um princípio é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, uma vez que representa uma subversão dos valores fundamentais do ordenamento jurídico, qualificando uma insurgência contra todo o sistema e não somente contra um determinado comando específico.

Essa nova concepção do princípio da legalidade suplantou a antiga visão sobre controle judicial dos atos discricionários, que limitava-o a uma mera verificação dos requisitos extrínsecos, formais do ato. A conveniência e oportunidade do ato administrativo deixam de ser redutos inacessíveis ao Judiciário, uma vez que estes também estão submetidos à lei e aos princípios gerais de direito.

Esse entendimento passa a ser confirmado também em alguns julgados, como demonstrado pela ementa abaixo.

**ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO**

---

<sup>35</sup> Ibid. p. 917.

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 173.

<sup>37</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira. Op. cit. p. 912-913.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.
  2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.
  3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.
  4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.
  5. Recurso especial provido.
- (STJ. REsp nº 429.570-GO. 2ª T. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 11/11/2003)<sup>38</sup>

No caso do presente acórdão, o Ministério Público de Goiás interpôs recurso especial em face do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás que não condenou o Município de Goiânia a realizar obras de recuperação de área degradada. Entendeu o egrégio Tribunal, que por se tratar de ato administrativo de natureza discricionária, não poderia o Poder Judiciário, imiscuindo-se na atividade administrativa, estabelecer a prioridade para a realização da obra pública.

A Ministra Eliana Calmon, relatora do recurso especial, entendeu que a questão deveria ser analisada sob a ótica não somente da natureza do ato administrativo, mas também da responsabilidade civil do Estado, por ato ou omissão, dos quais decorram danos ao meio ambiente.

Sustentou a referida Ministra que para controlar o arbítrio do administrador, o Poder Judiciário pode exercer o juízo de legalidade no âmbito da oportunidade e conveniência, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais, na dimensão globalizada do orçamento.

Assim, diante da omissão do Estado, que provocou um dano objetivo ao meio ambiente, é seu dever, como gerenciador do patrimônio público, providenciar a recuperação da área danificada.

Pode-se concluir que o administrador, mesmo no uso de suas atribuições discricionárias, não pode se distanciar dos princípios e regras, legais e constitucionais, que regem sua atuação, sob pena de tornar ilícita sua atividade que está sujeita ao controle jurisdicional.

Vale, ainda, ressaltar que os princípios constitucionais da Administração Pública não são os únicos limitantes da atividade discricionária. Dependendo da área de atuação administrativa, como por exemplo o meio ambiente, outros princípios podem incidir, a saber,

---

<sup>38</sup> Disponível em <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27/02/2008.

o princípio da indisponibilidade do Poder Público na proteção ao meio ambiente, o princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal, os princípios da prevenção e da precaução, entre outros.<sup>39</sup>

Esses princípios legais e constitucionais, referentes à Administração Pública ou a um campo de direito material, servem como limite a omissão administrativa, mesmo que se esteja lidando com conceitos jurídicos indeterminados.

Com relação a esses conceitos, a doutrina divide-se em duas correntes: a primeira afirma que os conceitos indeterminados não conferem discricionariedade à Administração, uma vez que diante deles cabe ao administrador realizar um trabalho de interpretação que leve a uma única solução válida possível; a segunda defende que tais conceitos podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor e não de conceitos de experiência ou técnicos.<sup>40</sup>

Conceitos de experiência são aqueles que o administrador, por meio da interpretação, torna preciso o conceito, não havendo qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado. Já nos conceitos de valor, o administrador, finda a sua interpretação, define o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que não é outra coisa que a própria discricionariedade.

No primeiro caso, como a interpretação é eminentemente técnica, dependente de manifestação de órgão técnico, não cabe à Administração mais do que uma solução juridicamente válida, a qual fica vinculada. Sendo assim, o controle jurisdicional é amplo, uma vez que a função típica do Judiciário é interpretar o alcance das normas jurídicas para sua justa aplicação.

No segundo caso, como a definição do conceito depende da interpretação subjetiva do administrador, maior é a dificuldade de identificar a hipótese suscetível de controle judicial, uma vez que não pode haver a substituição da discricionariedade do administrador pela do juiz. Porém, embora maior a zona de imprecisão, esta encontra limites na razoabilidade, na proporcionalidade, na finalidade, na moralidade e na eficiência. Não se pode esquecer que o princípio da eficiência deve sempre nortear a atividade administrativa no sentido de adotar a medida que atenda ao interesse público com maior fidelidade.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> GOMES, Luís Roberto. Op. cit. p. 86.

<sup>40</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit. p. 118-132.

<sup>41</sup> GOMES, Luís Roberto. Op. cit. p. 94-95.

A menor ou maior suscetibilidade do controle judicial, nesses casos, dependerá do número de soluções possíveis de serem extraídas pelo administrador do processo interpretativo do conceito jurídico indeterminado.

Cabe agora analisar quando a omissão administrativa é fruto da discricionariedade do administrador e quando ela se resume a sua inércia ou descaso.

Luís Roberto Gomes<sup>42</sup> explica que a omissão pode ser precedida da análise discricionária do agente público, que examina a necessidade de praticar ou não determinado ato e quando praticá-lo. Estaríamos, portanto, diante de um fato jurídico-administrativo sujeito ao controle judicial quando esta inação mostrar-se ilícita, tendo em vista que a omissão do administrador, como resultado de sua apreciação discricionária, têm caráter eminentemente instrumental de cumprimento do dever administrativo da boa administração.

Por outro lado, quando a omissão não for precedida de avaliação do caso concreto, não havendo exercício de discricção, resumindo-se a uma inércia pura simples, estaríamos diante de mera situação de fato, que quando ilícita, por ser maior a probabilidade de desatendimento do interesse público, é passível de ser corrigida pelo Judiciário.

Para ilustrar o primeiro caso o referido autor menciona o seguinte exemplo

Assim é que, se um município promovesse o lançamento de esgotos domésticos sem prévio tratamento por absoluta indisponibilidade orçamentária municipal para implantar o sistema adequado, mas realizasse estudo e projeto prévios, postergando-o para data futura, razoável e planejada, inviável que sentença judicial o condenasse a fazê-lo imediatamente, uma vez que naquele momento legítima a opção pela omissão, tomada após a competente análise discricionária.<sup>43</sup>

Note-se que a omissão acima, que é lícita por basear-se em princípios como o da razoabilidade, pode tornar-se ilícita caso com o decorrer do tempo a Administração permaneça inerte, vindo a cessar os motivos que tornaram razoáveis, num primeiro momento, o lançamento de esgotos domésticos sem prévio tratamento.

Entretanto, se não houver motivos razoáveis que justifiquem a inércia da Administração Pública, sua falta de ação caracterizar-se-á como ilícita, sendo passível de controle judicial, como o que ocorreu no caso da ementa acima transcrita.

Correto o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, não encontrando razões que justificassem a inércia administrativa e diante do desrespeito aos princípios da obrigatoriedade da intervenção estatal e da defesa do meio ambiente, condenou a Administração municipal de Goiânia a destinar verba orçamentária para realizar obra de recuperação de área degradada.

---

<sup>42</sup> Ibid. p. 88

<sup>43</sup> Ibid. p. 89.

Desta forma, o critério que indica a possibilidade de controle judicial da omissão administrativa, diante de um caso de discricionariedade, é o fato de ela ser ilícita, ou seja, do exercício da discricionariedade estar sendo desempenhado de maneira ilegítima.

Este exercício será ilegítimo quando, dependendo do caso concreto, não atender ao supremo interesse público indicado pela finalidade destacada no ordenamento jurídico.<sup>44</sup>

A decisão administrativa que optar pela omissão, para ser considerada lícita, terá que estar dentro dos limites conferidos pelos princípios jurídicos constitucionais e infraconstitucionais que constituem o suporte básico do ordenamento jurídico brasileiro.

### **2.3 A necessidade do controle da omissão da Administração Pública**

A Constituição Federal de 1988 tem como característica a rigidez, tendo em vista a maior dificuldade existente para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas do ordenamento. Do fato de ser uma constituição rígida retira-se como principal consequência o princípio da supremacia da Constituição, o que significa que esta adota a posição de lei fundamental do Estado, assumindo o vértice do ordenamento jurídico e exigindo, portanto, que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras por ela adotados.<sup>45</sup>

Conseqüentemente a supremacia da Constituição determina não só que a atuação do Poder Público se amolde às suas disposições, como também exige que ele atue de forma obrigatória quando ela assim o determinar.<sup>46</sup>

Desta forma, a posição que o Estado ostenta é alterada: além de garantidor das liberdades públicas, ele passa a ostentar também a posição de devedor social, cabendo-lhe a implementação de medidas públicas necessárias à solução das demandas sociais.

Essa atuação do Poder Público é extremamente importante em relação aos direitos fundamentais que dependem de prestações positivas do Estado para que sejam efetivamente implementados.

Os direitos fundamentais, por sua vez, podem ser considerados direitos fundamentais de defesa, quando demarcam um âmbito de proteção do indivíduo, requerendo na verdade

---

<sup>44</sup> Ibid. p. 98-99.

<sup>45</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004. p.45.

<sup>46</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: saraiva, 2004. p. 52-56.

uma abstenção do Estado, visando a evitar qualquer investida abusiva por parte deste, e direitos fundamentais a prestações, quando têm por objeto uma conduta positiva por parte do Estado, que consiste numa prestação de natureza fática ou normativa.<sup>47</sup>

Luciane Tessler<sup>48</sup> entende que o direito ao meio ambiente possui ao mesmo tempo uma dimensão negativa e garantística e uma dimensão positiva e prestacional. Isto porque trata-se de um direito que exige que o Estado, por si mesmo, respeite o meio ambiente, ao mesmo tempo que se espera que ele seja um garantidor da segurança e qualidade deste bem jurídico.

Assim, as normas que prevêm o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado, outorgam ao indivíduo o direito subjetivo de exigir ação estatal em prol do patrimônio ambiental, uma vez que estas normas implicam em prestações positivas do Estado.

Os incisos e parágrafos do art. 225, estabelecem uma série de direitos, como o direito à preservação e restauração dos processos ecológicos e essenciais (inciso I), o direito à preservação da diversidade e integridade do patrimônio genético do País (inciso II), entre outros. Estes direitos colocam a sociedade em uma posição de credora das condutas ali estabelecidas, o que leva à obrigação do Poder Público de implementar da forma mais eficaz possível, as tarefas que a Constituição lhe incumbiu nos dispositivos acima mencionados.

Nos dizeres de Hamilton Alonso Jr.,<sup>49</sup>

As situações jurídicas protegidas são tuteladas não só pelo caminho da abstenção (prestação negativa, v.g., não poluir), mas, sobretudo, pela viabilidade da obtenção de prestações positivas junto ao Estado. A estruturação do sistema constitucional em matéria ambiental torna provedor o Estado, em face da impositividade dos preceitos verificados. A expressão “incumbe ao Poder Público” irradia direito a uma conduta comissiva.

Ratificando a obrigatoriedade da atuação positiva estatal, Dirley da Cunha Júnior<sup>50</sup> defende a exigibilidade imediata das prestações decorrentes dos direitos fundamentais, baseando-se para tal no direito fundamental à efetividade da Constituição. Este direito decorre da própria supremacia constitucional e do fato de que a omissão da Administração implica num enfraquecimento da integridade e imperatividade constitucional.

Segundo este autor, “a omissão do Executivo em realizar as políticas sociais que lhe competem (...) acarreta, com efeito, a mais perniciosa e odiosa maneira de frustrar a força

<sup>47</sup> Ibid. p. 282.

<sup>48</sup> TESSLER, Luciane Gonçalves. . *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 81.

<sup>49</sup> HAMILTON, Alonso Jr.. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 105-106.

<sup>50</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 277.

normativa da Constituição, expondo-a ao descrédito, que só será evitado se o Poder Judiciário a tornar efetiva.”<sup>51</sup>

Defender, portanto, que a omissão administrativa não pode ser controlada é permitir que haja uma subversão da ordem jurídica, tendo em vista que a vontade do Poder Executivo prevaleceria sobre a vontade da Constituição.

A necessidade de se controlar os atos ou omissões da Administração Pública acarreta numa ampliação do papel do juiz, o qual não mais se limita a apenas resolver litígios individuais, abarcando também uma função criativa de interpretação e de preenchimento do conteúdo de normas para a efetivação de direitos da ordem social.

O juiz, buscando amparo na Lei Suprema e nos seus princípios que formam os vetores norteadores para a interpretação constitucional, deverá ter sempre como premissa maior a efetivação da Constituição e dos fundamentos e objetivos por ela traçados para o Estado Social e Democrático de Direito brasileiro.<sup>52</sup>

Em matéria ambiental, desprende-se da redação do art. 225 que é dever do Poder Público adotar uma série de ações e programas que no seu conjunto constituem a política ambiental do País, que tem como objetivo final a efetividade do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para Álvaro Luiz Valery Mirra<sup>53</sup> parece claro que a atividade dos órgãos estatais na promoção deste direito fundamental é compulsória, o que permite exigir do Poder Público o exercício das competências ambientais. Estas competências, atualmente, não se restringem a simples medidas de polícia negativas, destinadas a limitar a atividade dos particulares, compreendendo também, a imposição de medidas positivas, ou seja, de ações específicas de preservação.

De fato, segundo o autor, não há, propriamente, liberdade do administrador em adotar ou não determinada medida administrativa quando se está diante da necessidade de preservação de direitos fundamentais. Na verdade, há um dever imposto ao Estado de atuar em defesa do meio ambiente, e o cumprimento desse dever não pode ser adiável, tendo em vista ser imprescindível à preservação da vida e da dignidade humana.

Cabe ressaltar que não se está defendendo uma supremacia do Judiciário sobre os outros poderes. Nas palavras de Fernanda Silva Tose,<sup>54</sup> “ (...) em regra, o Executivo e o Legislativo devem proporcionar a efetivação da Constituição; contudo quando tal tarefa não

<sup>51</sup> Ibid. 354.

<sup>52</sup> GOMES, Luís Roberto. Op. cit. p. 282-283.

<sup>53</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel do Judiciário no controle da Administração Pública. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v. 8. nº 30. jun. 2003. p. 37.



for cumprida, não pode o juiz ser co-autor da omissão e relegar a Constituição a um nada jurídico”. Assim sendo, o que se procura destacar é a nítida função do juiz de promover a efetividade da Constituição, documento jurídico de maior importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

O que se espera do Judiciário, portanto, é uma atuação que, corrigindo a omissão da Administração que frustra os direitos estabelecidos na Constituição, busque enfim a sua concretização, evitando que haja um enfraquecimento da imperatividade dos mandamentos constitucionais.

Desta forma, mesmo que ocorra casos em que haja o conflito de princípios constitucionais, o juiz não pode se omitir em prestar a tutela jurisdicional, devendo realizar uma ponderação dos bens constitucionalmente protegidos em conflito, decidindo, diante do caso concreto, qual a opção mais afinada com o interesse público.<sup>55</sup>

O que foi dito acima resta evidenciado na ementa abaixo

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE PASSIVA. INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO. HARD CASE (CASOS DIFÍCIEIS). CONFLITUOSIDADE ENTRE PRINCÍPIOS. UTILIZAÇÃO DE METÓDICA DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL. CARÁTER DE PRIMA FACIE DOS PRINCÍPIOS. MODELO SÍNTESE DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.**

(...)

6. Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e à criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto.

7. Apelo improvido.

(TRF 3ª Região. AC n° 261.220/SP. 1ª T. Rel. Juiz Davi Diniz. DJ. 19/06/2001)<sup>56</sup>

Apesar de não se referir ao meio ambiente, tal ementa trata do direito à saúde que também se caracteriza como um direito fundamental e um direito que reclama uma prestação positiva do Estado. Note-se que não se está atribuindo ao Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas sim de impor a execução daquelas que já foram estabelecidas na Constituição ou nas leis.

Salienta-se, por fim, que o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXV, CFRB) e a já mencionada supremacia da Constituição induzem à afirmação da possibilidade de controle da Administração Pública quando sua atuação ou omissão venha de encontro à

<sup>54</sup> TOSE, Fernanda Silva. O controle judicial das omissões ou falhas legislativas e administrativas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 33, set. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1281](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1281)> Acesso em 06/03/2008.

<sup>55</sup> GOMES, Luis Roberto. Op.cit. p. 284.

<sup>56</sup> Disponível em <<http://www.trf3.gov.br>>. Acesso em: 17/04/2008.

pretensão constituinte de assegurar a dignidade, o bem-estar e a justiça social visados pela ordem social.

Diante da constatação da necessidade de controle da omissão administrativa, no próximo capítulo serão analisados os óbices mais freqüentemente suscitados pela doutrina em relação a tal controle pelo Judiciário, tentando sempre afastá-los, de sorte a demonstrar a sua viabilidade.

### 3 OS ÓBICES AO CONTROLE JUDICIAL DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA EM MATÉRIA AMBIENTAL

Apesar da necessidade e importância de se realizar um controle sobre a omissão da Administração Pública em efetivar a proteção ambiental normativamente assegurada, a doutrina suscita diversos óbices que, em tese, inviabilizariam esse controle pelo Judiciário.

No entanto, impedimentos como a teoria da separação de poderes, a ilegitimidade democrática dos juízes, a previsão orçamentária, entre outros, devem ser revistos e afastados, uma vez que não podem obstar a concretização da finalidade do Estado Democrático brasileiro.

Vale ressaltar, ainda, que o Poder Judiciário é o co-responsável no processo de construção da sociedade do bem estar, e como tal, deve controlar e coibir esse comportamento pernicioso da Administração Pública, que, por meio de sua omissão, acaba por frustrar os objetivos traçados na Carta constitucional.

#### 3.1 A teoria da separação de poderes

A teoria da separação de poderes foi criada visando conter o poder do Estado, a fim de evitar abusos e arbitrariedades, dividindo este poder em funções, cuja competência seria conferida a diferentes órgãos do Estado.

Assim, entende-se que a terminologia mais adequada tecnicamente seria separação de funções e não de poderes, tendo em vista que o poder estatal é uno, indivisível e indelegável.<sup>57</sup>

Locke, um dos primeiros idealizadores da separação de poderes, defendia que a razão pela qual os homens se unem em comunidade, colocando-se sob um governo, é a preservação da propriedade. E, essa preservação é assegurada por meio de leis gerais, estabelecidas de antemão pelo Poder Legislativo.<sup>58</sup>

Referido poder, considerado por Locke como supremo, emitiria leis gerais, que não seriam nocivas nem arbitrárias, tendo em vista que sucederiam do consentimento popular.

---

<sup>57</sup> TOSE, Fernanda Silva. O controle judicial das omissões ou falhas legislativas e administrativas. *Âmbito jurídico*. Rio de Grande, 33, 30/09/2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artig\\_id=1281](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artig_id=1281)>. Acesso em: 06/03/2008.

<sup>58</sup> PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p.40-43.

Desta forma, levando em consideração que todos os poderes devem atuar segundo a lei (*rule of law*), seria necessário que houvesse uma separação de poderes para que a liberdade fosse resguardada. Nesse sentido, para que a lei fosse imparcialmente aplicada seria necessário que os homens que a aplicassem não fossem os mesmo que a fizeram.

Este filósofo não chegou a diferenciar o Judiciário como um poder, por considerá-lo como uma atividade do Poder Legislativo. Os legisladores e os juízes teriam funções similares, qual seja estabelecer o direito, sendo irrelevante que aqueles o fizessem de maneira abstrata e estes o fizessem em casos particulares e diferenciados.

Quem incluiu o Judiciário na clássica tripartição dos poderes, conhecida até hoje, foi o Barão de Montesquieu. Este filósofo político se aproximava de Locke ao identificar como sustentáculo da liberdade o princípio da legalidade.

Segundo o seu entendimento, para que a liberdade fosse assegurada era necessário que houvesse um controle do poder, tendo em vista que, de acordo com experiências passadas, todo homem que tem poder é tentado a abusar dele. De tal sorte, tornar-se-ia imprescindível um sistema no qual o poder freasse o próprio poder.<sup>59</sup>

Desta forma, Montesquieu passou a enxergar três poderes estatais: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. No entanto, a este terceiro poder era atribuído um caráter secundário, por ser visto pelo filósofo como um poder nulo, em razão de estar preso a idéia de que a lei era sempre justa, e por assim ser, os juízes não passariam de meras *bouches de la loi*, isto é, de seres inanimados que apenas pronunciavam as palavras da lei.

Outra diferença entre Montesquieu e Locke é que o critério adotado por aquele não era o da separação absoluta, mas sim relativa, tendo em vista que buscou criar um sistema de compensação de poderes, cuidando de propor um mecanismo de freios recíprocos, por meio do qual se propiciaria uma interpenetração de competências e interferências mútuas.<sup>60</sup>

Ao elaborar esse sistema de separação relativa, no qual um poder fiscaliza o outro, o filósofo francês não se preocupou com o Poder Judiciário, uma vez que, para ele, esse poder era nulo, não usufruindo da mesma importância política que os outros dois poderes ostentavam.

Para tornar viável esse equilíbrio, Montesquieu reconhecia que cada poder possuía a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) sobre os assuntos afetos à suas funções e também, a faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*) que os outros Poderes invistam contra o equilíbrio

<sup>59</sup> Ibid. p. 48-49.

<sup>60</sup> FACCHINI, Nicole Mazzoleni. O controle judicial das políticas públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos poderes. *Páginas de Direito*. jun. 2007. Disponível em: <[http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle\\_nicole.php](http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php)> Acesso em: 10/03/2008.

das funções estatais, anulando eventuais atos que, por adentrarem em competência alheia, seriam ilegais.<sup>61</sup>

O papel do Judiciário só se tornou mais relevante com o julgamento, nos Estados Unidos, do caso *Marbury v. Madison*, em que foi consagrado o “*judicial review of legislation*”, segundo o qual compete ao Poder Judiciário dizer o que é lei, sendo lei tudo aquilo que estiver de acordo com a Constituição.<sup>62</sup>

Esta alteração no papel do Judiciário vem amparada na doutrina dos federalistas americanos que temiam uma tirania do Poder Legislativo, e portanto, procuraram alinhar as lições de Montesquieu para criar um modelo de separação de poderes que mitigasse a supremacia do Legislativo, conferindo maior equilíbrio à relação entre os poderes.

Os federalistas americanos passaram a defender o Judiciário como a garantia do controle do poder, devendo obstar os atos inconstitucionais do Poder Legislativo. Note-se, nas palavras de Alexander Hamilton<sup>63</sup> que

não se segue daqui que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo, (...) segue-se, sim, que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do corpo legislativo, declarada nos seus estatutos, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta última que os juízes devem obedecer.

O que essa corrente doutrinária procurava estabelecer de fato era mais que uma separação, uma coordenação de poderes, visando o controle do poder.

O próprio Montesquieu já havia previsto como ideal um mútuo controle dos poderes, a fim de alcançar o objetivo de que o poder fosse freado pelo poder, o que não seria possível mediante uma separação total das funções.

A Constituição Federal brasileira de 1988 consagra a separação de poderes ao afirmar, em seu art. 2º, que os Poderes da União são independentes e harmônicos entre si. Isso significa dizer que, apesar de não haver subordinação entre eles, existe um mecanismo de controle mútuo, onde há interferências que, estabelecendo um sistema de freios e contrapesos, buscam o equilíbrio necessário para que não haja o arbítrio ou o desmando de um poder em detrimento do outro.<sup>64</sup>

Esta separação, no entanto, não é absoluta, uma vez que os Poderes da União não se caracterizam por desempenhar exclusivamente uma das três funções estatais. Na verdade, um

<sup>61</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 319-320.

<sup>62</sup> PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit. 51-53.

<sup>63</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. São Paulo: Abril Cultural, 1973, *apud* PALU, Oswaldo Luiz. Op. cit. p. 57.

<sup>64</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p. 325-326.

poder é definido pela predominância no desempenho de determinada função. Assim, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário desempenham de forma predominante as funções legislativa, executiva e judicial respectivamente, que são denominadas suas funções típicas. Entretanto, estes poderes também exercem funções atípicas, que são aquelas que não correspondem a sua função predominante, mas sim às funções dos outros poderes, de maneira a garantir a sua própria autonomia e independência.

Vale ressaltar, para exemplificar a necessidade do exercício de funções atípicas a fim de assegurar a autonomia de determinado poder, que não seria tolerável conceber que os Poderes Legislativo e Judiciário dependessem do Executivo para admitirem seus servidores e administrarem seus próprios serviços e órgãos.

Desta forma, a separação de poderes longe de ser rígida e absoluta, apresenta interferências necessárias à busca do equilíbrio político, destinado a evitar abusos e a propiciar o alcance dos fins do Estado.

Atualmente, diante da conjuntura do Estado Democrático de Direito, deve-se considerar que o Estado, além de garantidor das liberdades públicas, tem também como missão, a concretização de políticas de ação características do Estado do bem-estar social.<sup>65</sup>

Para isso, é necessário que haja uma releitura da teoria da separação de poderes, que foi criada com o intuito de frear a atividade estatal e não de impulsioná-la. Conseqüentemente, requer-se agora, uma superação da visão mecanicista de Montesquieu em relação ao Poder Judiciário, uma vez que este, ao exercer o seu papel de guardião da Constituição, deve atuar na preservação da sua supremacia.

Assim, diante da determinação constitucional que classifica a separação de poderes como cláusula pétrea, não podendo ser esta abolida, a Constituição também qualifica essa separação como harmônica. Tal harmonia significa a presença de um sistema de freios e contrapesos que proporcione uma compatibilidade funcional no âmbito do poder estatal, de maneira que os órgãos que exercem funções delegadas pelo Estado, ou melhor, pela Constituição, possam realizá-las com reciprocidade de controle, sem conflitos insuperáveis.

Se, ao contrário, houver casos em que exista um conflito insuperável entre os Poderes, isto equivaleria dizer que há uma predominância de um Poder sobre o outro, rompendo com o equilíbrio, a harmonia constitucionalmente preconizada.

Seguindo o exemplo do controle da omissão administrativa, se o Executivo permanece inerte no seu dever constitucional de proteger o meio ambiente e ao Poder Judiciário lhe é

---

<sup>65</sup> GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 113-114.

vedado corrigir essa omissão, ter-se-ia uma frustração dos objetivos determinados pelo legislador constitucional ou infraconstitucional, funcionando a omissão administrativa como um simulado veto.<sup>66</sup>

Desta forma, ao definir a separação de poderes como um princípio de moderação e limitação do poder político estatal, Américo Bedê Freire Júnior<sup>67</sup> explica que tal separação “não é um fim em si mesmo, mas um instrumento concebido com o intuito de viabilizar uma efetividade às conquistas obtidas com o movimento constitucionalista”.

Segue o autor ressaltando que uma das principais características do movimento constitucionalista foi assegurar os direitos fundamentais como epicentro do sistema jurídico. Assim, a separação de poderes deve proteger não só a primeira geração dos direitos fundamentais, mas sim todas as suas dimensões. O que leva a constatar o absurdo em apontar o princípio da separação de poderes como entrave à efetivação de direitos fundamentais.

Na verdade, o controle judicial aqui proposto sobre a inação da Administração Pública não trata de uma subversão à independência dos Poderes da República, pelo contrário, o que se busca é uma solução a um conflito de interesses oriundo do descumprimento da lei a ser resolvido pelo Judiciário para preservar os princípios constitucionais da legalidade e da finalidade, além dos princípios ambientais da prevenção, da indisponibilidade do bem ambiental e da defesa do meio ambiente. Sendo assim, quando a separação de poderes revelar-se desarmônica, em razão da omissão da Administração Pública em cumprir aquilo estabelecido no ordenamento jurídico, o Poder Judiciário encontra-se legitimado a reajustar a harmonia ilicitamente desbalanceada das funções estatais.<sup>68</sup>

Nas palavras de Dirley da Cunha Júnior<sup>69</sup>

quando os Poderes Legislativo e Executivo mostram-se incapazes ou totalmente omissos em garantir o cumprimento adequado dos direitos fundamentais sociais, em violação evidente de seus deveres constitucionais, cabe inevitavelmente a intervenção do Judiciário, como o *terceiro gigante* no controle das omissões do poder público. (...) E a Constituição brasileira de 1988, marcadamente *dirigente*, esculpiu um Estado social, redefinindo a relação entre os três Poderes e adjudicando ao Poder Judiciário funções de efetivo controle dos atos – comissivos e omissivos – dos poderes públicos.

<sup>66</sup> Ibid. p 118.

<sup>67</sup> FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 38.

<sup>68</sup> GOMES, Luís Roberto. Op. cit. p. 118-119.

<sup>69</sup> CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Op. cit. p.353.

O autor Álvaro Luiz Valery Mirra<sup>70</sup> também afasta o argumento de violação da separação de poderes quando se trata do controle judicial das omissões administrativas, sustentando que, na verdade, quem supre a inércia da Administração não é o Judiciário, mas sim a sociedade organizada que tem o direito de ver cumpridas as obrigações legais e constitucionais impostas ao Poder Público para a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O Judiciário seria, portanto, apenas o canal, o meio do qual a sociedade se vale para obter um controle da Administração Pública que não está atuando conforme os parâmetros estabelecidos na Constituição Federal.

Nota-se a preocupação em respeitar a imperatividade dos comandos constitucionais e em torná-los efetivos, não se admitindo que o comportamento do Executivo venha a obstar esse objetivo, bem como exigindo do Judiciário a correção de tal comportamento, resguardando assim os mandamentos do texto constitucional.

A ementa abaixo do Superior Tribunal de Justiça exemplifica a preocupação acima descrita.

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. COLETA DE LIXO. SERVIÇO ESSENCIAL. PRESTAÇÃO DESCONTINUADA. PREJUÍZO À SAÚDE PÚBLICA. DIREITO FUNDAMENTAL. NORMA DE NATUREZA PROGRAMÁTICA. AUTO-EXECUTORIEDADE. PROTEÇÃO POR VIA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ESFERA DE DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO.**

(...)

2. Releva notar que uma Constituição Federal é fruto da vontade política nacional, erigida mediante consulta das expectativas e das possibilidades do que se vai consagrar, por isso cogentes e eficazes suas promessas, sob pena de restarem vãs e frias enquanto letras mortas no papel. Ressoa inconcebível que direitos consagrados em normas menores como Circulares, Portarias, Medidas Provisórias, Leis Ordinárias tenham eficácia imediata e os direitos consagrados constitucionalmente, inspirados nos mais altos valores éticos e morais da nação sejam relegados a segundo plano. Trata-se de direito com normatividade mais do que suficiente, porquanto se define pelo dever, indicando o sujeito passivo, *in casu*, o Estado.

3. Em função do princípio da inafastabilidade consagrado constitucionalmente, a todo direito corresponde uma ação que o assegura, sendo certo que todos os cidadãos residentes em Cambuquira encartam-se na esfera desse direito, por isso a homogeneidade e transindividualidade do mesmo a ensejar a bem manejada ação civil pública.

4. A determinação do judicial desse dever pelo Estado, não encerra suposta ingerência do judiciário na esfera da administração. Deveras, não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados, quiçá constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

5. Um país cujo preâmbulo constitucional promete a disseminação das desigualdades e a proteção à dignidade da pessoa humana, alçadas ao mesmo

<sup>70</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel do Judiciário no controle da Administração Pública. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, v. 8, nº 30. jun. 2003. p. 40-41



patamar da defesa da Federação e da República, não pode relegar a saúde pública a um plano diverso daquele que o coloca, como uma das mais belas e justas garantias constitucionais.

(...)

8. Diversa é a hipótese segundo a qual a Constituição Federal consagra um direito e a norma infraconstitucional o explicita, impondo-se ao judiciário, torná-lo realidade, ainda que para isso, resulte obrigação de fazer, com repercussão na esfera orçamentária.

9. Ressoa evidente que toda imposição jurisdicional à Fazenda Pública impende em dispêndio e atuar, sem que isso infrinja a harmonia dos poderes, porquanto no regime democrático e no estado de direito o Estado soberano submete-se à própria justiça que instituiu. Afastada, assim, a ingerência entre os poderes, o judiciário, alegado o malferimento da lei, nada mais fez do que cumpri-la ao determinar a realização prática da promessa constitucional.

(...)

11. Recurso especial provido. (grifo nosso)

(STJ. REsp nº 575.998-MG. 1ª T. Rel. Min. Luiz Fux. DJ. 07/10/2004)<sup>71</sup>

Este julgado reforça a idéia de que não há que se falar em intromissão do Judiciário na esfera administrativa, quando este exercer um controle sobre a omissão da Administração Pública, tendo em vista que o Executivo também se encontra submisso à Constituição, devendo cumprir seus comandos. Quando desrespeitar esse dever, legítima é a intervenção do Poder Judiciário para corrigir a omissão ilícita, violadora de uma disposição legal.

Não há, portanto, violação da separação de poderes, mas apenas mecanismos de freios e contrapesos que visam a um equilíbrio entre os três poderes, para que eles possam exercer suas funções de maneira harmônica, como é o desejo da Constituição.

### 3.2 A discricionariedade administrativa

A discricionariedade administrativa foi analisada de uma forma mais aprofundada no capítulo antecedente, cabendo aqui, meramente ressaltar que este impedimento ao controle judicial, frequentemente suscitado, está sofrendo uma releitura pelo Judiciário, que já passa a enxergar como possível o exercício de um controle sobre os critérios de oportunidade e conveniência do administrador, tendo em vista que estes critérios também se encontram submetidos ao império da lei.<sup>72</sup>

O princípio da legalidade, que rege a atuação da Administração Pública, não se restringe, portanto, a mera subsunção ao texto literal da lei. De fato, este princípio apresenta um alcance bem maior, exigindo que a atividade administrativa, seja ela comissiva ou

<sup>71</sup> Disponível em: <www.stj.gov.br> Acesso em: 24/04/2008.

<sup>72</sup> Ver a ementa do REsp nº 429.570-GO do Superior Tribunal de Justiça citado no item 2.2 do capítulo anterior.

omissiva, esteja conformada aos princípios constitucionais da Administração Pública, bem como aos princípios pertinentes ao direito ambiental.

Essa liberdade de atuação conferida ao administrador refere-se à possibilidade de eleger a melhor forma de consecução dos objetivos já delineados pelo ordenamento jurídico. Essa escolha, entretanto, não se encontra isenta do controle judicial, uma vez que deve respeito ao princípio da eficiência, segundo o qual a opção escolhida pelo administrador no exercício de sua discricionariedade deve ser aquela que, de forma mais eficiente, alcance o objetivo visado.<sup>73</sup>

A concepção de que a discricionariedade do administrador está vinculada à ordem jurídica como um todo e, conseqüentemente, aos seus princípios, levou Gustavo Binenbojm<sup>74</sup> a afirmar que não há diferença de natureza entre o ato administrativo vinculado e o ato administrativo discricionário, sendo que a diferença entre eles reside no grau de vinculação que cada um apresenta.

Este mesmo autor, ao elaborar parâmetros para o controle judicial do ato administrativo, estabeleceu que o juiz deve dar sempre preferência à proteção do sistema de direitos fundamentais. Sendo assim, quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais, mais intenso deve ser o grau do controle judicial.<sup>75</sup>

O juiz Álvaro Luiz Valery Mirra<sup>76</sup> afirma que não se deve esquecer a obrigatoriedade imposta ao Poder Público de agir no sentido de alcançar o fim previsto nas normas constitucionais e infraconstitucionais de proteção ao meio ambiente. E, sendo estas medidas de natureza precipuamente preventivas não podem ser postergadas por razões de oportunidade e conveniência.

Estando a Administração Pública vinculada aos fins previstos na Constituição, o seu agir está intimamente ligado a persecução destes fins, que em matéria ambiental, traduzem-se na preservação da qualidade de vida e na proteção do ambiente natural contra ações degradadoras. Sendo assim, é vedada qualquer atuação estatal que possa gerar danos ambientais ou não evitar que estes sejam produzidos por terceiros.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> FERREIRA, Ximena Cardoso. A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente. *Ministério Público-RS. Seção Doutrina*. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id376.htm>. Acesso em: 03.10.2007.

<sup>74</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 210.

<sup>75</sup> Ibid. p. 235-238.

<sup>76</sup> MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo, v.4, nº 15. jul/set 1999. p. 74.

<sup>77</sup> FERREIRA, Ximena Cardoso. Op. cit.

Pode-se afirmar que o argumento da discricionariedade administrativa não é capaz de afastar a sindicabilidade pelo Poder Judiciário do seu ato ou omissão, uma vez que ela se encontra limitada pelos princípios constitucionais e legais, aos quais deve respeito, e sua atuação deve sempre estar dirigida ao cumprimento do fim que a norma busca alcançar da forma mais eficaz possível.

Desta forma, quando o exercício da discricionariedade por parte do administrador mostrar-se ilegítima, cabe ao Judiciário exercer um controle sobre o comportamento administrativo, adequando-o aos fins previstos na norma jurídica, até por que não se está atribuindo ao Judiciário o poder de criar políticas ambientais, mas sim de impor a execução daquelas já estabelecidas na Constituição e nos demais diplomas legais.

### **3.3 A falta de legitimidade democrática dos juízes**

Existe uma forte resistência em permitir que o Judiciário, suprimindo uma omissão da Administração, exerça um papel mais imponente no processo de afirmação dos direitos fundamentais, uma vez que os magistrados, ao contrário dos Poderes Legislativo e Executivo, não teriam legitimidade democrática, por não estarem submetidos ao processo eleitoral.

De fato, cumpre ressaltar primeiramente, que a representatividade por meio do voto popular não representa garantia de que o governo irá cumprir a vontade expressada pela maioria. Ao contrário, várias vezes os representantes eleitos acabam sucumbindo a interesses de lobistas ou de determinados grupos políticos ou econômicos, comprometendo os objetivos traçados a nível constitucional. Este dissenso torna-se claro em relação ao tema das políticas públicas, visto que nem sempre as metas pretendidas pela coletividade são implementadas pelo administrador público.<sup>78</sup>

Por outro lado, os juízes podem não ter legitimidade democrática, mas sua legitimidade decorre diretamente da Constituição. Nicole Mazzoleni Facchini<sup>79</sup> afirma que os magistrados possuem uma legitimação técnica, obtida por meio de concurso público acessível a qualquer bacharel em direito; e, uma legitimação substancial, decorrente do fato de serem os guardiões da Constituição, zelando para que os objetivos ali traçados sejam observados por todos os poderes.

---

<sup>78</sup> FERREIRA, Ximena Cardoso. Op. cit.

<sup>79</sup> FACCHINI, Nicole Mazzoleni. Op. cit.

A legitimidade do Poder Judiciário reside, então, no modo como este exerce a jurisdição. Ao fundamentar suas decisões e ao torná-las públicas, o juiz assegura à população que essas decisões não resultam de seus caprichos, mas sim de seus esforços em manter-se fiel ao sentimento de equidade e justiça da comunidade.<sup>80</sup>

Na verdade, pode-se afirmar que o Judiciário é o mais democrático de todos os poderes, uma vez que o processo judicial se desenvolve em direta conexão com as partes interessadas, que têm a prerrogativa de provocar o seu início e determinar o seu conteúdo, sendo-lhes ainda assegurada a garantia do contraditório.

Segundo Dirley da Cunha Jr.<sup>81</sup>, no constitucionalismo contemporâneo, a noção de democracia não pode ficar restrita a uma simples idéia ou regra de maioria. Até porque, as minorias também têm uma voz no sistema democrático. Desta forma, a noção de democracia abarcaria, inclusive, conceitos como o de participação, de liberdade e de tolerância.

Assim, apesar de não ser um Poder democrático no sentido formal, qual seja, eleito pelo povo, ele é substancialmente democrático, por exercer a sua função por meio de um processo dialogal, consentido pela própria sociedade.

Pretende-se, portanto, que o Judiciário tenha uma postura mais ativa, visando um controle não apenas extrínseco da atividade administrativa, mas também um controle substancial da não violação e da implantação dos grandes vetores constitucionais.<sup>82</sup>

Ao contrário, se os magistrados forem considerados incapazes de realizar esse tipo de controle, não podendo garantir a efetividade dos direitos fundamentais, o Judiciário mostra-se, na prática, conivente com a sistemática violação desses direitos, o que por sua vez, mostra-se totalmente incompatível com a sua função de guardião da Constituição.

A jurisprudência da mais alta corte do país já se pronunciou pela possibilidade do controle judicial em relação à implementação de políticas públicas que buscam a efetivação dos direitos sociais. A ementa a seguir assegura a legitimidade do controle e da intervenção do Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando houver um comportamento abusivo por parte do governo.

**ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO**

<sup>80</sup> CUNHA JR, Dirley. Op. cit. p. 347-349.

<sup>81</sup> Ibid. p. 346.

<sup>82</sup> FREIRE JR, Américo Bedê. Op. cit. p. 62.

**ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO)**  
(STF. ADPF nº 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello. DJ.29/04/2004.)<sup>83</sup>

O objeto desta ADPF era o veto do Presidente da República ao parágrafo 2º do art. 55 da proposição legislativa que se converteu na Lei 10.707/2003, destinada a fixar as diretrizes pertinentes à elaboração da lei orçamentária anual de 2004.

O autor desta ação sustentou que o veto presidencial implicou em desrespeito ao preceito fundamental decorrente da EC nº 29/2000 que foi promulgada para garantir recursos financeiros mínimos a serem aplicados nas ações e serviços de saúde.

Esta ADPF foi julgada prejudicada em razão do envio ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República, da Lei Federal nº 10.777/03 que versava sobre o mesmo tema, só que agora incluindo a disposição que anteriormente havia sido vetada.

Mesmo tendo sido a ação julgada prejudicada, o Ministro Celso de Mello, relator da ADPF, aproveitou a oportunidade para discutir as possibilidades de controle pelo Poder Judiciário das políticas públicas no Brasil.

Em seu voto, ressaltou que esse controle atribuído ao Supremo Tribunal Federal põe em evidencia a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, sob pena do Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional.

Nas próprias palavras do referido Ministro

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo pragmático.

Este julgado é extremamente importante, uma vez que representa o reconhecimento, pelo STF, órgão competente para interpretar a Constituição, da possibilidade do Judiciário

<sup>83</sup> Disponível no informativo nº 345 do STF (transcrições) <www.stf.gov.br>. Acesso em: 03/05/2008.

impor a execução de políticas públicas, quando o Poder Público, seja comissiva ou omissivamente, descumprir com o seu dever insculpido na norma constitucional.

É exatamente o que ocorre no direito ambiental, quando a Administração deixa de adotar medidas que são necessárias para assegurar a proteção ao meio ambiente, desrespeitando o dever atribuído ao Poder Público pelo *caput* do art. 225 da Constituição Federal.

O Ministro Celso de Mello, finalizando o seu voto, conclui que diante da injustificável inércia estatal que compromete as condições mínimas necessárias a existência digna e essenciais a própria sobrevivência do indivíduo, (enquadrando-se dentro dessas condições mínimas o direito ao meio ambiente equilibrado), justificada está, até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Desta forma, não merece acolhimento a alegação de suposta falta de legitimidade democrática dos juízes, uma vez que, conforme foi demonstrado, esta legitimidade não decorre do voto popular, mas sim da própria Constituição e do papel que ela outorgou ao Judiciário. Tanto é assim, que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a legitimidade constitucional do Poder Judiciário para exercer um controle sobre os atos do governo, que de forma abusiva, não age no sentido de efetivar os direitos fundamentais, que são aqueles direitos que representam condições mínimas de existência a fim de possibilitar a existência digna e o pleno desenvolvimento do ser humano.

### **3.4 A teoria da reserva do possível**

A teoria da reserva do possível nasceu do entendimento da doutrina germânica e do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*) que vinculam o reconhecimento do direito subjetivo a prestações à disponibilidade dos respectivos recursos públicos necessários para a satisfação das prestações materiais que constituem o objeto desse direito.<sup>84</sup>

Desta forma, a reserva do possível serviria como um limite à efetivação dos direitos prestacionais, uma vez que tal efetivação dependeria da disponibilidade de recursos econômicos do Estado.

---

<sup>84</sup> CUNHA JR, Dirley da. Op. cit. p. 307.

A teoria da reserva do possível pode ser analisada através de dois aspectos, um fático e outro jurídico. Pelo aspecto fático, a reserva do possível significa a existência de um limite de possibilidades materiais para efetivação de determinado direito, que se encontraria subordinado à limitação dos recursos disponíveis do Poder Público.

Segundo o aspecto jurídico, por sua vez, a reserva do possível se traduz na vinculação ao orçamento a qual o administrador está sujeito, em razão da necessidade de prévia dotação orçamentária como limite ao cumprimento imediato de decisão judicial, em razão da disposição da Lei de Responsabilidade Fiscal, que em seu art. 15 determina que a geração de despesa que não atenda aos requisitos legais será considerada como não autorizada, irregular e lesiva ao patrimônio público.<sup>85</sup>

Américo Bedê Freire Jr.<sup>86</sup> realça o perigo de se importar uma teoria como a reserva do possível, fruto de um contexto jurídico-social totalmente distinto da realidade brasileira, tendo em vista que o padrão de bem-estar social alemão é muito superior ao brasileiro, que ainda possui grande parte de sua população excluída das mínimas condições de existência digna.

Dirley da Cunha Jr.<sup>87</sup> partilha da mesma opinião acima retratada, entendendo que a reserva do possível não pode ser obstáculo à efetivação de direitos de um povo que depende de um padrão mínimo de prestações sociais para sobreviver. Ressalta, porém, que não se trata de desconsiderar que os direitos que dependem de uma prestação positiva do Estado só poderão ser efetivados caso o Estado possua os recursos para realizar a medida dele esperada, pois apenas se pode buscar algo onde este algo existe. No entanto, este não é o caso. A questão é que o problema não se resume à falta de recursos, mas sim à sua distribuição.

O autor afirma que o que deve ser permitido ao Judiciário, na atividade de controle das omissões da Administração Pública, é a possibilidade de determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de áreas como gastos em publicidade, serviço da dívida, mordomias no tratamento de certas autoridades políticas, etc., destinando tais recursos ao atendimento dos direitos fundamentais do homem que carecem de implementação.

Entende-se por fim, que a mera alegação genérica de indisponibilidade de recursos financeiros não pode ser acatado como óbice ao controle da omissão administrativa pelo Judiciário.

Este entendimento é corroborado pelo próprio Supremo Tribunal Federal que no julgamento da ADPF nº 45 MC/DF<sup>88</sup>, transcrita no item anterior, por meio de seu Ministro

<sup>85</sup> FREIRE JR, Américo Bedê. Op. cit. p. 73.

<sup>86</sup> Ibid. p. 74

<sup>87</sup> CUNHA JR., Direly da. Op. cit. p. 309-310.

<sup>88</sup> Disponível no informativo nº 345 do STF (transcrições) <www.stf.gov.br>. Acesso em: 03/05/2008.

Celso de Mello, reconheceu que os direitos econômicos, sociais e culturais dependem, para sua concretização, de um vínculo financeiro subordinado às disponibilidades orçamentárias estatais. No entanto, para que seja alegada a incapacidade financeira do Poder Público em realizar determinada medida em prol da efetivação desses direitos, é necessário que esta alegação seja comprovada de maneira objetiva, não sendo suficiente a sua mera adução como pretexto para eximir a atuação do Estado.

Marcos Maselli Gouvêa<sup>89</sup>, ao analisar as jurisprudências relativas aos direitos prestacionais, observa que, de maneira freqüente, os magistrados antes de aderirem ao conformismo de acatar sem restrições o argumento da reserva do possível ou de atuarem de forma impulsiva, desconsiderando as contingências econômicas que necessariamente estão envolvidas na concretização de uma prestação estatal positiva, buscam trilhar um terceiro caminho, analisando com realismo as limitações econômicas do ente público envolvido, para, diante das possibilidades, implementar ou não a consecução do direito visado.

Assim, deve-se respeitar a realidade financeira estatal no momento em que o Judiciário condena o Poder Público a praticar determinada medida, uma vez que de nada serve condenar, por exemplo, um município a realizar determinada obra pública, como a construção de um sistema de tratamento de esgoto, se ele não tem força orçamentária para isso. Entretanto, a alegação de dificuldade financeira e orçamentária deve ser comprovada objetivamente pelo magistrado, de forma a ficar evidente a impossibilidade do ente público de arcar com o encargo previsto.

Essa análise do orçamento de um ente federativo, a fim de se constatar de maneira objetiva a sua capacidade ou não de realizar uma obra, visando a proteção do meio ambiente, foi realizada pelo Desembargador Cezar Peluso na ementa abaixo.

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA – MEIO IDÔNEO PARA COMPELIR O PODER PÚBLICO A TRATAMENTO DE ESGOTO – ARBITRAMENTO DE PRAZO PARA CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DETERMINADO À LUZ DA PROVA TÉCNICA – PROVIDÊNCIA SENSATA, TENDO EM VISTA A FORÇA ORÇAMENTÁRIA DO MUNICÍPIO – RECURSO NÃO PROVIDO**  
(TJSP. AC nº 158.646-1/0. 2ª Câmara Civil. Rel. Des. Cezar Peluso. DJ 26/05/1992)<sup>90</sup>

O relator entendeu que não se poderia acolher o argumento de imposição de ônus financeiro incompatível com orçamento municipal, diante do fato de o juiz *a quo* ter submetido o prazo de cumprimento da obrigação a arbitramento prévio pelo único e exclusivo

<sup>89</sup> GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 384.

<sup>90</sup> Ementa citada por MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Op. cit. p. 74.



motivo de adequar os projetos e conogramas às disponibilidades financeiras do orçamento municipal.

Congruente com essa posição, Luiz Renato Topan<sup>91</sup> defende que, em razão do Estado trabalhar vinculado a um orçamento, é necessário que, ao se condenar o Estado a atuar, seja perquerido em momento procedimental próprio, se aquele ente estatal possui verba em seu orçamento compatível com a despesa a ser realizada.

Mesmo que o ente estatal não possua a reserva necessária em seu orçamento, nada impede que ele seja condenado a contemplar no orçamento do próximo exercício financeiro dotações específicas para alcançar a finalidade pretendida, de modo a evitar o remanejamento de recursos para outras finalidades, obrigando o Estado a realizar, num prazo determinado, a concretização dos direitos prestacionais.

É mister ressaltar a importância de não se menosprezar as regras orçamentárias fixadas no texto constitucional (arts. 165 a 169) e que devem ser seguidas pelo Poder Público, contudo não se pode aceitar que elas preponderem de maneira absoluta, como um óbice intransponível, considerando os objetivos estabelecidos pela Constituição Federal como a promoção da justiça social e do bem estar de todos.

Tentando sempre conciliar as disposições legais referentes ao orçamento com o controle judicial da omissão administrativa ilícita, Luis Roberto Gomes<sup>92</sup> ressalta que a lei orçamentária anual por ser uma lei de perfil normativo autorizativo e não impositivo, uma vez que só prevê receitas, autorizando despesas públicas sem criar direitos subjetivos em relação a programação ali estabelecida, dá margem de liberdade para que seja ordenado judicialmente o cumprimento de uma obrigação, podendo o administrador redimensionar a operacionalização do orçamento público de forma que possa cumprir a omissão considerada ilícita.

Este controle judicial da omissão administrativa provocado pela sociedade mostra-se como um instrumento de exercício da democracia, tendo em vista que permite a participação do próprio titular do poder político, a saber o povo (art.1º, parágrafo único, CF), por meio dos canais competentes (instrumentos processuais) na aplicação da verba pública em prol do atendimento das necessidades sociais mais urgentes.

Outro aspecto importante que é suscitado quando se discute a imposição pelo Judiciário de uma despesa para o administrador, seria a incompetência que este poder teria

---

<sup>91</sup> TOPAN, Luiz Renato. O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativos. *Revista Justitia*. São Paulo, 56 (165), jan/mar. 1994. p. 54.

<sup>92</sup> GOMES, Luís Roberto. Op. cit. p. 130-132.

para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários, diante da liberdade de conformação do legislador, a quem, a princípio, caberia deliberar sobre a destinação e aplicação de recursos públicos.<sup>93</sup>

Acontece que a reserva parlamentar em matéria orçamentária também encontra-se adstrita à efetivação das garantias constitucionais. Sendo assim, a liberdade de conformação do legislador em assuntos orçamentários encontra limites quando o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não é observado pelo legislador, considerando que os objetivos da Constituição Federal, que é uma constituição dirigente e vinculante, são a promoção da justiça social e do bem estar comum.

Sendo assim, acolher o argumento da Administração de que não pode cumprir o seu dever constitucional, por exemplo o dever de implementar políticas públicas a fim de assegurar a fruição dos direitos constitucionalmente e legalmente definidos (direito ao meio ambiente sadio e equilibrado – art. 225, CF e Lei 6.938/81), é conceder ao administrador o poder de negar a priorização imposta pelo ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional.<sup>94</sup>

Cabe ressaltar ainda, que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal, em seu art. 9º, §2º, prevê que não serão objeto de limitação as despesas que constituam obrigações constitucionais e legais do ente.

Além disso, mesmo que o diploma legal acima preveja determinados atos que devam ser cumpridos em caso de aumento de despesa em razão do incremento da ação governamental, como estimativa de impacto financeiro e declaração de adequação financeira (art. 16, I e II), o administrador, diante de uma decisão judicial devidamente fundamentada que afaste tais atos, não deve temer em cumprir tal decisão por achar que estaria violando a Lei de Responsabilidade Fiscal, estando sujeito a responsabilização criminal ali prevista.<sup>95</sup>

De fato o administrador não deve ter essa preocupação, tendo em vista que o espírito desta lei, em relação a responsabilização criminal, é punir o administrador desleal com a coisa pública, que age com o fim de lesar as finanças públicas, o que evidentemente não ocorre no caso daquele que cumpre ordem judicial para implementar uma obrigação em prol da sociedade, estando afastada a presunção de irresponsabilidade, tanto em razão da ausência de dolo na conduta do administrador como pela ausência de ilicitude, haja vista que nessas circunstâncias age no estrito cumprimento do dever legal.

---

<sup>93</sup> CUNHA JR., Dirley da. Op. cit. p. 311.

<sup>94</sup> GOMES, Luís Roberto. Op. cit. p. 141

<sup>95</sup> Ibid. p. 144, 145 e 149.

Desta forma, diante do conflito entre a regra do orçamento público e a materialização dos direitos fundamentais, ocasionado pelo controle judicial da omissão administrativa que impõe ao administrador a realização de medidas de implementação desses direitos, Américo Bedê Freire Jr.<sup>96</sup> entende que deve prevalecer o direito fundamental à prestação de políticas públicas, uma vez que deve se ter em mente que “a prévia previsão da despesa no orçamento não é um fim em si mesmo e que as normas constitucionais devem ser interpretadas em prol da máxima efetividade dos direitos fundamentais”.

Pode-se observar pela ementa abaixo que este entendimento também é partilhado pelas mais altas cortes do país.

**PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – ART. 461, §5º, DO CPC – BLOQUEIO DE VALORES PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL – POSSIBILIDADE.**

(...)

4. Tem prevalecido no STJ o entendimento de que é possível, com amparo no art. 461, §5º, do CPC, o bloqueio de verbas públicas para garantir o fornecimento de medicamentos pelo Estado.
5. Embora venha o STF adotando a “Teoria da Reserva do Possível” em algumas hipóteses, em matéria de preservação dos direitos à vida e à saúde, aquela Corte não aplica tal entendimento, por considerar que ambos são bens máximos e impossíveis de ter sua proteção postergada.
6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido. (STJ. REsp nº 784241/RS. 2ª T. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 23/04/2008.)<sup>97</sup>

Estando diante de direitos fundamentais do ser humano, especialmente aquele ligados ao direito à vida como o direito a um meio ambiente sadio, não se pode admitir que estes direitos sejam frustrados por empecilhos formais como a falta de previsão orçamentária.

Ao ser provocado pela sociedade, pode o Judiciário exercer um juízo de ponderação sobre os bens tutelados pelo ordenamento jurídico, obrigando a Administração a agir, suprimindo assim sua omissão ilícita, mesmo que isso implique na superação de certas limitações orçamentárias, uma vez que o que está em jogo é a sobrevivência de bem jurídico de valor indiscutível.

Assim, quando se trata de implementação de direitos fundamentais não se pode acolher o argumento da teoria da reserva do possível. Mesmo que esta teoria seja considerada sob seu aspecto fático, ou seja, efetiva existência de recursos financeiros, estando a Administração incapaz financeiramente de cumprir a obrigação de forma imediata, nada

<sup>96</sup> FREIRE JR., Américo Bedê. Op. cit. p. 78.

<sup>97</sup> Disponível em <www.stj.gov.br> Acesso em: 10/05/2008.

impede que ela seja condenada a incluir no orçamento do exercício financeiro seguinte, dotação específica para sua consecução.<sup>98</sup>

Concluindo pela afastabilidade da reserva do possível quando diante da implementação de direitos fundamentais, extrai-se as palavras do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello<sup>99</sup> que bem traduz esta idéia

a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

---

<sup>98</sup> FERREIRA, Ximena Cardoso. Op. cit.

<sup>99</sup> ADPF nº 45 MC/DF, disponível no informativo nº 345 do STF (transcrições) <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>. Acesso em: 03/05/2008.

#### 4 INSTRUMENTOS PROCESSUAIS DE CONTROLE DA OMISSÃO ADMINISTRATIVA NO DIREITO AMBIENTAL

Uma vez afastados os óbices referentes ao controle judicial da omissão administrativa e reafirmado não só a possibilidade desse controle, bem como a sua necessidade, diante da importância de assegurar e efetivar o direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado, buscar-se-á agora analisar os instrumentos processuais presentes no ordenamento jurídico brasileiro que possam servir de meio hábil a buscar o provimento jurisdicional que satisfaça a pretensão do titular desse direito, ou seja, a sociedade.

A tutela dos direitos transindividuais que possuem uma natureza indivisível, ultrapassando a esfera de atuação dos indivíduos isoladamente considerados, não se coaduna com o sistema liberal e individualista do Código de Processo Civil.

Destarte, acompanhando a fase instrumentalista do direito processual que analisa o processo através de seus resultados práticos, preocupando-se com a sua efetividade, deve-se ter em mente que hoje, diante desses direitos de massa que são incapazes de serem individualizados, é necessário que exista um processo de massa, com a proliferação dos meios de proteção a direitos supra-individuais e com a superação das posturas individuais dominantes.<sup>100</sup>

Em razão disso, Celso Fiorillo<sup>101</sup> defende a aplicação de outro conjunto de normas, que não o Código de Processo Civil, quando em sede de direitos coletivos *lato sensu*. Esse conjunto de normas, que ele denomina de jurisdição civil coletiva, é formado basicamente pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei da Ação Civil Pública.

Esta jurisdição coletiva que possui regras processuais próprias, sendo o Código de Processo Civil aplicado apenas subsidiariamente, visa assegurar, aos destinatários de direitos supra-individuais como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, um resultado que além de possibilitar a efetiva tutela perseguida, seja seguro e definitivo.

Mais que um instrumento para se obter a pretensão resistida, a tutela coletiva denota também um conteúdo democrático ao possibilitar a participação ativa do cidadão para

---

<sup>100</sup> CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral do processo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 44.

<sup>101</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 366-367.

provocar o agir do Estado, visando a efetivação dos objetivos politicamente definidos pela comunidade.<sup>102</sup>

O processo coletivo, portanto, ao ser utilizado como meio de controle da omissão administrativa ilícita, cumpre com os seus escopos social, político e jurídico, na medida em que contribui para a restauração da paz social, a participação dos cidadãos no exercício do poder político estatal e a aplicação da lei positivada.

Assim, diante da importância de um eficaz instrumento processual para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente, serão analisados além da ação civil pública que hoje é considerada o instrumento mais eficaz para o controle proposto neste trabalho, outros instrumentos processuais que se encontram previstos na Constituição Federal como o mandado de segurança coletivo e ação popular.

#### **4.1 Mandado de segurança coletivo**

O mandado de segurança coletivo é uma ação constitucional prevista nos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição Federal. A novidade trazida pela carta de 1988 refere-se à extensão da legitimidade ativa aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às organizações sindicais, entidades de classes ou associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano.

Note-se que o mandado de segurança coletivo não é um instituto autônomo, mas sim uma espécie do gênero de mandado de segurança que agora se subdivide em singular e coletivo. Estas duas formas de impetrar o mandado de segurança (individual e coletivamente) têm por escopo o mesmo objeto descrito no art. 5º, LXIX, CFRB/88, qual seja, a proteção de um direito líquido e certo malferido por ato ilegal ou abusivo de autoridade pública, ato este que pode vir expresso na sua forma comissiva ou omissiva.<sup>103</sup>

Apesar da maior parte da doutrina apontar como distinção entre o mandado de segurança individual e o coletivo a legitimação ativa e o objeto da tutela, uma vez que a este último estaria reservado a defesa de direitos coletivos e não individuais, Celso Fiorillo<sup>104</sup> defende que o termo “coletivo” do mandado de segurança não identifica o bem objeto da

<sup>102</sup> GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa*: o controle da omissão estatal no direito ambiental. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p.256.

<sup>103</sup> OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional*: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996. p. 260.

<sup>104</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit. p. 435-436.

tutela, dizendo respeito apenas às regras processuais de legitimidade, tendo em vista que as regras materiais encontrar-se-iam no inciso pertinente ao mandado de segurança tradicional, que não distingue a espécie de direito tutelado, fazendo referência apenas ao direito líquido e certo, sem apontar se tratar-se-ia de um direito individual, coletivo ou mesmo difuso.

Sendo assim, o autor conclui que o adjetivo “coletivo” se refere na verdade à forma de se exercer a pretensão mandamental e não à pretensão deduzida em si mesma, havendo, portanto, uma mera modificação em relação à legitimação ativa da ação.

Essa novidade processual instaurada pela Constituição de 1988 estabelece primeiramente como legitimado o partido político com representação no Congresso Nacional (art. 5º, LXX, alínea a, CF). Nota-se que em relação a este legitimado não há qualquer restrição no tocante à defesa de direitos difusos e coletivos.

Francisco Antonio de Oliveira<sup>105</sup> partilha do entendimento que esta legitimidade dos partidos políticos deve ser analisada ao lado da legitimação dos sindicatos, associações e entidades de classe. Enquanto estes normalmente reúnem pessoas com interesses comuns, que são a causa dessa aproximação, os partidos políticos têm como elemento aglutinador a afinidade de idéias políticas, o que leva a reunir elementos heterogêneos. Em razão disso entende-se que seria improvável que os partidos políticos pudessem agir em defesa de direitos subjetivos de cidadãos. A permissão constitucional, portanto, concedida aos partidos políticos para impetrar mandado de segurança coletivo indicaria a possibilidade de ter este como objeto a defesa de direitos difusos ou coletivos.

Corroborando esta posição, Ada Pellegrini Grinover<sup>106</sup> entende que o partido político está legitimado a agir na defesa de todo e qualquer direito, seja ele de natureza eleitoral ou não. Mesmo não se inserindo no âmbito partidário, defende a autora que “além da tutela dos direitos coletivos e individuais homogêneos, que se titularizam nas pessoas filiadas ao partido, pode o partido buscar a via de segurança coletiva, aquela atinente a interesses difusos que transcendam aos seus filiados”.

Além de ser coerente depreender-se da atividade política a defesa de direitos líquidos e certos de toda a sociedade, de grupos ou categorias específicas, esta defesa também se coaduna com a função dos partidos políticos, determinada pela Lei 9.096/95, Lei Orgânica dos Partidos Políticos que em seu art. 2º, impõe-lhes o dever de defenderem o regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e os direitos humanos fundamentais

---

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Francisco Antonio de. Op. cit. p. 272.

<sup>106</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. ano 15, n. 58, jan./mar.1990. p.96.

definidos na Constituição Federal, como por exemplo, o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado.<sup>107</sup>

Em relação ao segundo tipo de legitimados a impetrar o mandado de segurança coletivo, a saber, os sindicatos, as entidades de classes e as associações, é possível que exista uma interpretação restritiva referente ao objeto que eles podem perseguir através do *writ* coletivo em razão da parte final da alínea b do inciso LXX do art. 5º da Constituição Federal que prevê o mandado de segurança em defesa dos interesses de seus membros ou associados. Isto poderia levar ao entendimento de que tais legitimados não poderiam buscar a proteção de direitos difusos, mas sim a proteção de interesses próprios de seus componentes.

Apoiado na lição de Ada Pellegrini, Hamilton Alonso Jr.<sup>108</sup> afirma que não se deve restringir o objeto a ser perseguido pelas organizações sindicais, entidades de classe e associações a interesses meramente coletivos e individuais homogêneos. Os interesses de seus membros e associados devem ser interpretados em sentido amplo a fim de abarcar do mesmo modo aqueles interesses difusos que por serem indivisíveis e pertencerem à coletividade como um todo, também pertencem aos membros e associados desses legitimados, em razão de serem membros da sociedade.

Caso não adotemos essa interpretação ampla e restringamos o objeto do mandado de segurança para a defesa dos interesses próprios dos componentes dos sindicatos, entidades de classe e associações estaríamos tornando inútil o dispositivo do art. 5º, LXX, b, CFRB/88 que ficaria absorvido pelos arts. 8º, III (em relação aos sindicatos) e 5º, XXI (em relação às associações) ambos da Constituição Federal, que já permitiam a representação por esses entes de seus membros e associados tanto no âmbito judicial quanto no extrajudicial.

O autor acima mencionado exemplifica a possibilidade de utilização do mandado de segurança para proteger o meio ambiente, mencionando a hipótese de um *mandamus* coletivo que visasse à proteção de direito líquido e certo da sociedade, obtendo-se a anulação de um licenciamento ambiental obtido sem os devidos trâmites legais, pois é direito de todos ver incidir as regras preventivas dentro do princípio da legalidade, objetivando evitar impactos ambientais.

Este exemplo assemelha-se ao que ocorreu no caso da ementa abaixo que trata de um mandado de segurança coletivo impetrado pela Associação Gaúcha dos Produtores de Brita

---

<sup>107</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, Op. cit. p. 439.

<sup>108</sup> ALONSO JR., Hamilton. *O direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 213.



contra processo licitatório promovido pelo prefeito do município de Gravataí, que não previa a exigência da apresentação de licenciamento ambiental.

**REEXAME NECESSÁRIO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE LIMINAR. LICITAÇÃO PROMOVIDA PELO MUNICÍPIO PARA CONTRATAÇÃO DE EMPRESAS PARA O FORNECIMENTO DE PÓ DE BRITA, AREIA E BRITA PARA PAVIMENTAÇÃO. IMPUGNAÇÃO DO EDITAL POR NÃO EXIGIR A APRESENTAÇÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL. CABIMENTO.**

O Licenciamento Ambiental é exigência que se impunha e se impõe quer do licitante, se ele extrair o produto mineral, quer de quem lhe vai fornecer. Se assim é, pelo impacto que a extração mineral causa ao meio ambiente e pelo que sua proteção, obrigatória como visto, importa em custos extraordinários que se adicionam ao preço final do produto, é que do edital deve constar a obrigatoriedade, como forma de estabelecer o equilíbrio entre os concorrentes.

**SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.**

(TJRS. Reexame necessário nº 70008107518. 21ª Câmara Cível. Rel. Genaro José Baroni Borges. DJ. 09/06/2004)<sup>109</sup>

Assim, estabelecido a possibilidade de se perseguir, via mandado de segurança coletivo, a proteção de direito difusos, Celso Fiorillo<sup>110</sup> constata que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito líquido e certo. Porém ao exercer o direito de ação no mandado de segurança ambiental, os requisitos de certeza e liquidez só estarão preenchidos caso haja a demonstração de que a violação do direito impede o desfrute de um meio ambiente sadio e equilibrado, a contento do que prevê a Constituição.

A dificuldade, portanto, que se apresenta no momento de se utilizar o mandado de segurança como instrumento para a coibição da omissão administrativa lesiva ao meio ambiente é justamente a exigência da prova pré-constituída da liquidez e certeza do fato que se afirma.

Isso ocorre porque na maioria das vezes é necessário a realização de prova pericial para se demonstrar de forma efetiva a ocorrência do dano ambiental, o que se mostra incompatível com o rito do mandado de segurança que não admite lastro probatório.

Desta forma, apesar da criação do mandado de segurança coletivo representar um avanço na proteção dos direitos transindividuais, permitindo a defesa dos interesses da sociedade e garantindo a uniformidade de decisão para todos, a utilização deste instrumento processual na prática, em relação à proteção ambiental, acaba sendo reduzida, diante da restrição do sujeito passivo que só pode ser autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público e, principalmente, da dificuldade, que ocorre não poucas vezes, de atender a exigência de prova pré-constituída.

<sup>109</sup> Disponível em <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 20/05/2008.

<sup>110</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit. p. 442-443.

## 4.2 Ação popular

A ação popular é um instrumento jurídico que tem as suas raízes no direito romano, sendo a ação que o povo tinha a sua disposição para a defesa de direitos do próprio povo. Sendo assim, traduzia-se num instrumento destinado a possibilitar, a qualquer um do povo, uma forma jurisdicional de controle da atividade pública.<sup>111</sup>

A primeira vez que este instrumento apareceu no ordenamento jurídico brasileiro foi na Constituição de 1934 que dispunha em seu art. 113, n. 38, que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios”.<sup>112</sup>

O objeto da ação popular foi ampliado pela Constituição Federal de 1988 que previu em seu art. 5º, LXXIII não só a proteção ao patrimônio público, mas também, ao meio ambiente, à moralidade pública e ao patrimônio histórico e cultural.

Desta forma, passou-se a ter um instrumento de defesa do bem difuso ambiental que poderia ser proposto por qualquer cidadão sem a utilização de legitimados extraordinários. A Constituição de 1988 ainda foi além, criando um benefício que incentivasse a participação popular nesta forma de controle ao dispor que o autor desta ação ficaria isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Como se pode analisar do art. 5º, LXXIII, CFRB/88 a legitimidade ativa da ação popular recai sobre a figura do cidadão. Pelo artigo 1º, § 3º da Lei n. 4.717/65, a prova da cidadania será feita com o título eleitoral ou com documento que a ele corresponda.

Porém, existe quem entenda que esse conceito de cidadão fornecido pela Lei n. 4.717/65 só pode ser utilizado para proteger a coisa pública, ou seja, em defesa do patrimônio público. Diante dos bens ambientais, como eles pertencem a todos, segundo o art. 225 da Carta Constitucional, não seria lógico que sua defesa ficasse restrita ao eleitor quite com a Justiça Eleitoral. Sendo assim, em sede de ação popular ambiental, cujo objeto possui natureza difusa e não pública, a legitimação ativa deveria abarcar todos os brasileiros e estrangeiros residentes no país.<sup>113</sup>

---

<sup>111</sup> ALONSO JR., Hamilton. Op. cit. p. 214.

<sup>112</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela de direitos constitucionais: teoria, prática e jurisprudência*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 94.

<sup>113</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit. p. 426.

Para apoiar este argumento, Celso Fiorillo<sup>114</sup> afirma que no texto constitucional o termo cidadão nem sempre é definido conforme o conceito utilizado pela Lei 4.717/65, não sendo sempre o equivalente perfeito a eleitor.

A Constituição Federal ao dispor sobre ação popular afirma que ela será usada para anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.

Ressalta-se que a finalidade da ação popular é atacar o ato e não suas conseqüências, de maneira que não caberá este tipo ação quando o pedido for exclusivamente a reparação do dano.<sup>115</sup> A indenização, segundo o art. 11 da Lei n. 4717/65, tem caráter subsidiário não podendo constituir o pedido principal da ação. Corroborando este entendimento temos o julgado abaixo.

**AÇÃO POPULAR. PRETENSÃO EXCLUSIVAMENTE CONDENATÓRIA. ILEGITIMIDADE DE PARTE. CARÊNCIA DE AÇÃO. ART. 267, VI, DO CPC.**

Ação popular proposta com o escopo de obter, exclusivamente, a condenação dos réus à devolução de valores utilizados de forma irregular, além de indenização por alegados danos morais coletivos, em face de atos lesivos à moralidade administrativa. A ação popular visa à anulação de ato ilegal ou lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ou ao consumidor, nos moldes do art. 5º, LXXIII, da CF/88 e Lei nº 4.717/65. Inadequação do pedido formulado. Incabível a dedução de pretensão exclusivamente condenatória na ação popular. Carência de ação por ilegitimidade de parte para o ajuizamento de ação popular. Inteligência do art. 267, VI, do CPC. Sentença de extinção do processo mantida em reexame necessário (art. 19 da Lei 4717/65).

RECURSO DESPROVIDO POR MAIORIA. SENTENÇA MANTIDA EM REEXAME NECESSÁRIO. (grifo nosso)

(TJRS. Apelação e Reexame Necessário nº 70013918982, Terceira Câmara Cível, Rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, DJ. 31/05/2007)<sup>116</sup>

Sendo, portanto, o objetivo principal da ação popular a invalidação de um ato que seja ilegal e lesivo, questiona-se se este ato compreende apenas a forma comissiva ou se poderia também abarcar a modalidade omissiva, possibilitando o controle sugerido por este instrumento.

O autor acima mencionado defende que a palavra ato deve ter um conteúdo mais elástico abarcando não só o ato comissivo, mas também o omissivo, uma vez que incumbe ao Poder Público o dever constitucional de prevenção e proteção do meio ambiente.

Este entendimento também é adotado pelo Superior Tribunal de Justiça conforme fica demonstrado na ementa a seguir.

<sup>114</sup> Ibid. p. 427. O autor cita o artigo 58, §2º, inciso V e o art. 64 do ADCT para ilustrar que não haveria necessariamente uma equivalência entre os termos cidadão e eleitor.

<sup>115</sup> Ibid. p. 428.

<sup>116</sup> Disponível em <www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 23/05/2008.

**ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INTERESSE DE AGIR. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.**

1. O recurso especial não é a via adequada para análise da suscitada afronta ao art. 5º, LXXIV e LX da CF, cujo exame é da competência exclusiva da Suprema Corte, a teor do contido no art. 103 da Carta Magna.
2. As condições gerais da ação popular são as mesmas para qualquer ação: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade para a causa.
3. A ação popular pode ser ajuizada por qualquer cidadão que tenha por objetivo anular judicialmente atos lesivos ou ilegais aos interesses garantidos constitucionalmente, quais sejam, ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural.
4. A ação popular é o instrumento jurídico que deve ser utilizado para impugnar atos administrativos omissivos ou comissivos que possam causar danos ao meio ambiente.
5. Pode ser proposta ação popular ante a omissão do Estado em promover condições de melhoria na coleta do esgoto da Penitenciária Presidente Bernardes, de modo a que cesse o despejo de elementos poluentes no Córrego Guaruaia (obrigação de não fazer) a fim de evitar danos ao meio ambiente.
6. A prova pericial cumpre a função de suprir a falta ou insuficiência de conhecimento técnico do magistrado acerca de matéria extra-jurídica, todavia, se o juiz entender suficientes as provas trazidas aos autos, pode dispensar a prova pericial, mesmo que requeridas pelas partes.
7. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (grifo nosso)  
(STJ, REsp nº 88766 – SP, 2ª Turma. Rel. Min. Castro Meira. DJ. 04/10/2007.)<sup>117</sup>

Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a decisão que confirmou a procedência da ação popular proposta com o fim de condenar o Estado de São Paulo em obrigação de não fazer, consistente em abster-se de lançar o esgoto *in natura* ou com potencial poluente produzido pela Penitenciária Estadual de Presidente Bernardes.

O recorrente alegou, entre outras coisas, a impossibilidade do cidadão, via ação popular, buscar a tutela inibitória com obrigação de fazer ou não fazer. Lembrando que a finalidade desta ação é anular o ato lesivo, isto é, desconstituir o ato que fere e prejudica o bem tutelado.

Paulo Nogueira<sup>118</sup> afirma que a natureza da ação popular não é simplesmente declaratória, mas também constitutiva com força mandamental, pois anula o ato lesivo e manda que se reponham as coisas no estado anterior.

Sendo assim, o STJ entendeu que seria possível a condenação em obrigação de fazer, coibindo a omissão lesiva da Administração, diante do inciso I do art. 225 da Carta Magna que estabelece ao Poder Público o dever de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e dos arts. 3º e 14, §1º da Lei n. 6938/81 que proíbe qualquer tipo de poluição, determinando a respectiva responsabilização e reparação de danos.

<sup>117</sup> Disponível em <www.stj.gov.br>. Acesso em: 21/05/2008.

<sup>118</sup> NOGUEIRA, Paulo Lúcio. Op. cit. p. 97.

O Ministro Castro Meira, relator deste recurso especial, afirma que o dano ambiental exige uma reparação específica que ultrapassa o conceito de anulação do ato administrativo, uma vez que demanda uma atuação positiva, seja para reparar o dano ambiental, seja para impedi-lo. Desta forma, se não fosse possível esse tipo de tutela na ação popular, a norma constitucional, que a incluiu como forma de proteger o meio ambiente, seria limitada, o que não corresponderia à visão do legislador constituinte.

Ainda foi ressaltado que a ação popular deve ser utilizada para impugnar as omissões administrativas que causem danos ambientais, por ser o meio adequado colocado à disposição do cidadão, que possibilita o exercício de vigilância entre a adequação das atividades desenvolvidas pela Administração Pública e o interesse coletivo e o bem comum dos administrados.

Desta forma, pode-se afirmar, baseado no entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e no entendimento da doutrina acima analisada, a possibilidade de se usar a ação popular como meio de controle da omissão administrativa em matéria ambiental, mesmo que isto implique em uma eventual condenação de obrigação de fazer ou não fazer.

#### **4.3 Ação civil pública**

A ação civil pública, dentre os instrumentos previstos no ordenamento jurídico, é atualmente o meio mais eficaz para se buscar a proteção dos direitos difusos e coletivos. As novidades trazidas pelas Leis n. 7.347/80 e 8.078/90, relativas à coisa julgada, à legitimidade ativa, à atuação do Ministério Público por meio do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta, entre outras, possibilitou o reconhecimento de um conjunto de normas, ou melhor, de um sistema processual adequado à defesa dos direitos difusos e coletivos que não recebiam uma tutela eficaz sob a égide do Código de Processo Civil.

Para Luís Roberto Gomes<sup>119</sup> a ação civil pública é o instrumento processual mais adequado e eficaz para o controle judicial da omissão ilícita da Administração Pública, mediante a participação popular por meio dos entes legitimados, na pretensão de exigir a concretização de prestações estatais positivas, por meio da tutela inibitória, ou seja, da condenação em obrigação de fazer ou não fazer, prevista especificamente no art. 3º da Lei n. 7.347/85.

---

<sup>119</sup> GOMES, Luís Roberto. Op. cit. p. 265.

Diferentemente da ação popular, portanto, a ação civil pública possui um rol de legitimados que comporta o Ministério Público, a Defensoria Pública, a União, os Estados, os Municípios, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as associações, excluindo, porém, o cidadão.

Em sede de jurisdição coletiva, a presença desses legitimados demonstra um avanço na proteção dos direitos difusos e coletivos, uma vez que esses entes estão amparados por uma infra-estrutura a qual o cidadão não tem acesso e que lhes permite um maior suporte no momento de investigar e de colher provas que poderão futuramente instruir uma eventual ação civil pública.

Para exemplificar esse suporte pode-se citar o Ministério Público que segundo a disposição do art. 8º, §1º da Lei da Ação Civil Pública, possui como atribuição sua a instauração do inquérito civil que visa à colheita de material de suporte para o ajuizamento da ação civil pública, bem como a possibilidade de requerer às autoridades competentes certidões, informações, exames ou perícias no prazo que julgar conveniente.

Entretanto, não se deve excluir o conteúdo democrático da ação civil pública pelo simples motivo de não ser o cidadão legitimado a propô-la. De fato a participação popular se dá por meio dos entes legitimados, como as pessoas jurídicas de direito interno, cujos representantes são eleitos pelo povo, e como o próprio Ministério Público, cuja iniciativa a lei incita qualquer pessoa a provocar, mediante a comunicação de fatos, incluindo elementos de convicção, que constituam objeto da ação civil e que deflagrarão a investigação ministerial, conforme o art. 6º, Lei n. 7.347/85.

Porém, nem todos concordam que ação civil pública, por meio de seus legitimados, consagra o princípio da participação popular de forma efetiva. Luciane Tessler<sup>120</sup>, por exemplo, apesar de reconhecer que o rol de legitimados previsto para propor a ação civil pública conferiu maior representatividade aos direitos difusos e coletivos, acredita ter sido um erro a exclusão do cidadão desse rol.

Esta autora propõe uma releitura da questão da legitimidade ao perceber que o cidadão não dispõe de legitimidade autônoma para a realização da função precípua do direito ambiental que seria o exercício do direito da ação preventiva, levando-se em conta que os danos ambientais são freqüentemente irreversíveis ou de difícil reparação, uma vez que a ação popular, para a qual o cidadão teria legitimidade, serviria apenas para anular o ato lesivo ao meio ambiente, já estando presente, portanto, o dano, enquanto que a ação civil pública, por

---

<sup>120</sup> TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 194.

meio da tutela inibitória poderia prevenir o ilícito ambiental, caracterizado pela violação da norma de proteção ao ambiente, condenando o réu a cumprir a obrigação prevista na norma, fazendo ou deixando de fazer alguma coisa.

A legitimação para agir da ação civil pública escapa a regra tradicional do sistema processual que outorga o direito de ação àquele titular do interesse a ser posto em juízo, e que apenas em caráter excepcional abandona a legitimação ordinária, autorizando que se pleiteie direito alheio em nome próprio, que caracteriza a denominada legitimação extraordinária.

Mas, quando o objeto a ser tutelado se trata de um direito metaindividual que apresenta como característica a indivisibilidade e a indeterminação de seus titulares, nota-se uma dificuldade em classificar o interesse postulado como apenas alheio ou como alheio e próprio do postulante.<sup>121</sup>

Assim, a doutrina costuma classificar a legitimidade da ação civil pública em legitimidade extraordinária ou em legitimidade autônoma na condução do processo, uma vez que o legitimado atuaria ao mesmo tempo em defesa de direitos próprio e alheio, tendo em vista que os direitos difusos não concernem apenas aos legitimados pelo diploma legal, mas sim a toda a sociedade.

Como já foi ressaltado antes, os institutos do Código de Processo Civil mostram-se muitas vezes inadequados quando se trata de direitos difusos e coletivos. É o que ocorre neste caso em que a legitimidade da ação civil pública não se enquadra nem na legitimação ordinária nem na extraordinária, apesar de se encontrar, na opinião de Hamilton Alonso Jr.<sup>122</sup>, mais próxima desta última. Esta realidade leva a doutrina a posicionar-se no sentido de classificar esta legitimação como autônoma para a condução do processo.

Em relação à legitimidade passiva, qualquer pessoa física ou jurídica de direito público ou privado pode, segundo o art. 3º, IV da Lei 6.938/81, se encaixar no conceito de poluidor, podendo, portanto, figurar no pólo passivo da ação civil pública.

Quando a ação civil pública tiver como objeto corrigir uma omissão, deve-se entender como poluidor aquele que é responsável pelo dever de realizar uma prestação positiva que não foi cumprido.<sup>123</sup>

Tendo a ação por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, preceitua o art. 84 do Código de Defesa do Consumidor, que o juiz concederá a tutela específica da

---

<sup>121</sup> ALONSO JR., Hamilton, Op. cit. p. 227.

<sup>122</sup> Ibid. p. 228.

<sup>123</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit. p. 382.

obrigação ou determinará providências que assegurem um resultado equivalente ao cumprimento.

Nota-se neste artigo, que é aplicado à ação civil pública pelo teor do art. 21 da Lei n. 7.347/85, a preocupação do legislador com o princípio da efetividade, buscando, sempre que possível, a coincidência entre o direito e a sua realização.<sup>124</sup>

Desta forma, quando se trata da tutela de interesses transindividuais, especialmente aquela voltada para o controle da omissão estatal ilícita, a tutela específica das obrigações de fazer e de não fazer assume um papel relevante, tendo em vista que a tutela ressarcitória frustraria o objetivo de proteção ao meio ambiente, ainda mais quando se tem em conta que os danos sofridos pelo meio ambiente são na maioria das vezes irreversíveis ou de difícil recuperação.<sup>125</sup>

Para exemplificar podemos questionar qual seria o benefício de converter em indenização pecuniária a obrigação da Administração de implantar um sistema de tratamento de esgoto, que no momento está sendo lançado *in natura* num determinado rio. Mesmo pagando a indenização devida a Administração continuará despejando o esgoto, perpetuando os danos ao meio ambiente, enquanto que se for condenada a construir um sistema de tratamento de esgoto, o rio não mais sofrerá a poluição anteriormente mencionada, estando resguardado o bem ambiental.

A efetividade do processo coletivo se vê ampliada ainda pela disposição do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor que garante todos os provimentos jurisdicionais existentes no ordenamento jurídico à tutela dos interesses difusos e coletivos.

Assim, a Lei da Ação Civil Pública que antes só previa ações condenatórias (ao pagamento em dinheiro ou às obrigações de fazer ou não fazer) passou a abarcar também todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva proteção dos interesses tutelados.

Hamilton Alonso Jr.<sup>126</sup> conclui, então, que provimentos condenatórios, declaratórios, constitutivos, mandamentais, executivos, antecipatórios, assecuratórios, inibitórios, cautelares, dentre outros, são juridicamente viáveis em sede de ação civil pública. E a fim de ilustração cita o exemplo de Ada Pellegrini de uma declaração de nulidade de um contrato lesivo ao meio ambiente, pela via da ação civil pública.

---

<sup>124</sup> Ibid. p. 396.

<sup>125</sup> GOMES, Luís Roberto. Op. cit. p. 268.

<sup>126</sup> ALONSO JR., Hamilton. Op. cit. p. 259-260.



A ação civil pública por tutelar direitos difusos e coletivos teve que sofrer uma modificação em relação ao instituto da coisa julgada. Diante da natureza supra-individual e indivisível desses direitos, impossível que a coisa julgada da ação civil pública fosse meramente *inter partes*.

Isto ocorre porque conforme a sentença conceda ou recuse a tutela pleiteada, todos, isto é a sociedade ou um grupo determinável em caso de direito coletivo, serão igualmente beneficiados em caso de procedência ou igualmente prejudicados em caso de improcedência.

É inconcebível que uma ação civil pública ambiental para a obtenção da despoluição do ar restrinja seus efeitos para abarcar somente alguns, dado a impossibilidade de cindir o benefício alcançado.<sup>127</sup>

Em razão disso tanto a Lei da Ação Civil Pública quanto o Código de Defesa do Consumidor estabeleceram que nas ações coletivas com pedido de natureza difusa ou coletiva, a coisa julgada, isto é, a imutabilidade dos efeitos da sentença, será *erga omnes*, em caso de direito difuso e *ultra partes*, se o direito tutelado for coletivo.

Além disso, caso a ação seja julgada improcedente por insuficiência de provas não haverá coisa julgada, sendo permitido que o próprio autor ou outro co-legitimado proponha novamente a mesma ação, desde que disponha de nova prova.

Esta ressalva em relação à sentença que julga improcedente o pedido por insuficiência probatória, mostra a preocupação do legislador em resguardar a posição dos interessados que permaneceram estranhos ao processo e que poderiam se ver prejudicados por uma sentença num processo que foi mal conduzido pelo legitimado, talvez por inabilidade, talvez de forma proposital, impedindo a rediscussão daquela causa no Judiciário.

Diante da lógica que justifica ser a coisa julgada *erga omnes*, a doutrina repudia de forma veemente a alteração do art. 16 da Lei n. 7.347/85 feita pela Lei n. 9.494/97 que estabeleceu que a sentença civil fará coisa julgada nos limites da competência territorial do órgão prolator. Sendo assim, impõe-se uma limitação territorial aos limites subjetivos da coisa julgada.<sup>128</sup>

O legislador confundiu os limites subjetivos da coisa julgada, isto é, quem são as pessoas atingidas pela autoridade da coisa julgada, com jurisdição e competência que nada têm a ver com o tema.

---

<sup>127</sup> Ibid. p. 248.

<sup>128</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Op. cit. p. 404.

Hamilton Alonso Jr.<sup>129</sup> realça a inconstitucionalidade desta alteração feita pela Lei n. 9.494/97, afirmando que a competência não pode interferir na coisa julgada por não ter nenhuma influência sobre o objeto do processo, que é determinado pelo pedido e não pela competência do órgão julgador.

Se a eficácia de uma decisão que tem por objeto, por exemplo, evitar a poluição do ar ou de um rio, ficar restrita aos limites da competência territorial do juiz, pode-se ter na verdade a própria ineficácia desta decisão, uma vez que o rio, bem que se buscava proteger, pode continuar a ser poluído na comarca vizinha da qual também faz parte. Assim como a ação cujo fim era evitar a poluição do ar pode mostrar-se ineficaz diante da impossibilidade de se limitar territorialmente o ar.

Por fim, pode-se afirmar que a ação civil pública com as características acima delineadas, especialmente a possibilidade de usufruir de todos os tipos de provimentos jurisdicionais capazes de proporcionar a efetiva tutela dos interesses difusos e coletivos, desponta como o instrumento mais propício para a implementação dos direitos fundamentais, mostrando-se muito mais adequada e eficaz na defesa do meio ambiente do que os outros instrumentos previstos como o mandado de segurança coletivo e a ação popular que possuem suas próprias limitações de acordo com sua natureza e características.

---

<sup>129</sup> ALONSO JR., Hamilton. Op. cit. p. 256.

## CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, cumpre ressaltar algumas conclusões que são capazes de salientar a viabilidade do controle proposto por este trabalho.

Primeiramente deve-se atentar para a tutela constitucional conferida ao meio ambiente. A Constituição Federal estabeleceu em seu artigo 225 que o meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, é direito de todos, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Ao afirmar que o meio ambiente é essencial à sadia qualidade de vida, a Carta Magna o coloca dentro do grupo dos direitos fundamentais, que são direitos que estabelecem condições mínimas de vida, a fim de possibilitar o desenvolvimento da personalidade humana. Desta classificação decorrem uma série de conseqüências jurídicas que permitem uma maior proteção do bem ambiental, como a imutabilidade, diante da sua caracterização como cláusula pétrea, a imprescritibilidade por ser um valor indisponível ligado à personalidade, a irrenunciabilidade, a inalienabilidade e, por fim, a extensão do sistema hermenêutico mais benéfico, próprio dos direitos humanos.

O constituinte ainda estabeleceu a atuação obrigatória do Poder Público, ressaltando que as normas definidoras de direitos fundamentais tem aplicabilidade imediata, não podendo o Estado se eximir do seu dever de efetivar esses direitos, cuja concretização, na maioria das vezes, depende de prestações positivas a serem por ele realizadas.

Desta forma, se o Poder Executivo, cuja principal função é executar aquilo que foi traçado pela Constituição e outros diplomas legais, não respeitar os preceitos e princípios definidos pelo constituinte, mantendo-se inerte, cabe ao Judiciário, guardião da Constituição, a correção dessa transgressão.

Se a omissão do administrador ocorre numa hipótese em que sua atuação é vinculada, nada há a discutir-se em relação ao controle judicial, uma vez que o controle da omissão se resume, na verdade, a um controle de legalidade. Não há discricionariedade administrativa, assim não há que se falar em substituição da vontade do administrador pela da do juiz, pois na verdade só há uma vontade, a da lei.

Entretanto, mesmo nas hipóteses em que o regramento legal não esgota todos os aspectos da atuação administrativa, deixando uma certa margem de liberdade para o administrador, não se pode excluir automaticamente a possibilidade de controle do Judiciário.

De fato, a discricionariedade não significa carta branca para o administrador. Cabe lembrar que a Administração encontra-se vinculada ao princípio da legalidade, que atualmente no Estado Democrático de Direito, se ampliou para abarcar não só a lei, formalmente considerada, mas também todos os princípios consagrados explicita ou implicitamente na Constituição, como os princípios da moralidade, da razoabilidade, da eficiência, entre outros.

Assim, conforme entendimento da mais moderna jurisprudência, a conveniência e oportunidade do ato administrativo deixam de ser redutos inacessíveis ao Judiciário, uma vez que também estão submetidos à lei e aos princípios gerais do direito. O Poder Judiciário, portanto, pode controlar o arbítrio do administrador, exercendo um juízo de legalidade no âmbito da oportunidade e conveniência, coibindo abusos ou vulneração aos princípios constitucionais.

Ressalta-se que a discricionariedade encontra-se limitada não só pelos princípios constitucionais que regem a atuação da Administração Pública, como também pelos princípios próprios do direito ambiental, como os princípios da precaução, prevenção, da obrigatoriedade da intervenção estatal, entre outros.

Caso a omissão administrativa não for justificada por motivos razoáveis, sua inércia será caracterizada como ilícita. A ilicitude da atuação administrativa, ou seja, o fato de o exercício da discricionariedade estar sendo desempenhado de maneira ilegítima é que será o critério que indicará a possibilidade ou não de controle judicial da inércia estatal.

A necessidade desse controle encontra respaldo na própria idéia da supremacia da Constituição que determina, não só que a atuação do Poder Público se amolde às disposições constitucionais, como também exige que ele atue de forme obrigatória quando ela assim o determinar.

Desta forma, o Estado além de garantidor das liberdades públicas passa a ostentar também a posição de devedor social, cabendo-lhe a implementação de medidas públicas necessárias à solução das demandas sociais.

Quando o Estado não implementa as medidas positivas a que está obrigado, ele frustra a força normativa da Constituição, expondo-a ao descrédito. O Judiciário, portanto, não pode ser conivente com essa situação, devendo corrigir a inércia administrativa, promovendo a efetividade da Constituição e evitando que haja um enfraquecimento da imperatividade de seus mandamentos.

Apesar da necessidade e importância de se realizar um controle da inércia administrativa, a doutrina suscita uma série de óbices que inviabilizariam, em tese, esse controle pelo Judiciário.

Ao analisar o obstáculo da teoria da separação de poderes, concluiu-se que o controle proposto sobre a omissão administrativa não representa uma subversão à independência dos Poderes da República. De fato, a Constituição determina que os poderes são independentes entre si, mas também prevê que suas funções sejam exercidas de forma harmônica. Assim, quando essa relação entre os poderes revelar-se desarmonica em razão da omissão da Administração Pública em cumprir aquilo estabelecido no ordenamento jurídico, o Poder Judiciário encontra-se legitimado a reajustar a harmonia ilicitamente desbalanceada das funções estatais.

Não haveria, portanto, violação da separação de poderes, mas apenas mecanismos de freios e contrapesos que visariam a um equilíbrio entre os três poderes, para que eles possam exercer suas funções de maneira harmônica, sem preponderância de um sobre o outro, como é o desejo da Constituição.

Quanto à discricionariedade administrativa, como já foi afirmado, ela não é capaz de afastar a sindicabilidade pelo Poder Judiciário do seu ato ou omissão, uma vez que ela se encontra limitada pelos princípios constitucionais e legais, aos quais deve respeito, e sua atuação deve sempre estar dirigida ao cumprimento do fim que a norma busca alcançar.

Diante do óbice da falta de legitimidade democrática dos juízes, deve-se salientar que, apesar do Judiciário não ser um Poder democrático no sentido formal, uma vez que seus magistrados não são escolhidos pelo voto popular, sua legitimação decorre da própria Constituição que estabelece a forma pela qual a jurisdição deve ser exercida, ou seja, por meio de um processo dialógico, fundamentado e público, demonstrando ser um Poder substancialmente democrático.

Assim, pretende-se que o Judiciário tenha uma postura mais ativa, visando um controle não apenas extrínseco da atividade administrativa, mas também um controle substancial da não violação e da implantação dos grandes vetores constitucionais. Pois, ao contrário, se considerarmos os magistrados incapazes de efetuar tal controle, o Judiciário mostraria-se na prática conivente com a sistemática violação dos direitos fundamentais que não são efetivados em razão da omissão administrativa, e essa conduta é totalmente incompatível com o papel do Judiciário de resguardar a Constituição.

Com relação à teoria da reserva do possível como limite à efetivação dos direitos prestacionais, uma vez que tal efetivação dependeria da disponibilidade de recursos do Estado, cabe ressaltar que a mera adução da incapacidade financeira do ente estatal não é suficiente para eximir a atuação do Estado. É necessário que esta alegação seja comprovada de maneira objetiva. E, mesmo que a Administração demonstre estar financeiramente incapacitada de cumprir a obrigação de forma imediata, nada impede que ela seja condenada a incluir no orçamento do exercício financeiro seguinte dotação específica para sua consecução.

O que não pode ocorrer é a teoria da reserva do possível ser utilizada como justificativa para o Estado exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, ainda mais quando dessa inação resultar o comprometimento dos direitos considerados fundamentais.

Finalmente, afastados os óbices e constatada a viabilidade do controle judicial da omissão administrativa no direito ambiental, pode-se salientar a presença de instrumentos processuais no ordenamento jurídico por meio dos quais o controle aqui proposto pode ser suscitado.

Instrumentos como o mandado de segurança coletiva, a ação popular e a ação civil pública representam meios adequados para a tutela de direitos difusos como o meio ambiente, apesar da eficácia dessa tutela variar de acordo com a natureza e as características de cada um.

O mandado de segurança coletivo apesar de representar um avanço na proteção dos direitos transindividuais, permitindo a defesa dos interesses da sociedade e garantindo a uniformidade de decisão para todos, na prática, acaba por demonstrar certas limitações em relação à proteção ambiental. A primeira seria a restrição do sujeito passivo que só pode ser autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. A segunda se refere a dificuldade de se atender a exigência de prova pré-constituída da liquidez e certeza do fato que se afirma, uma vez que isso muitas vezes só é possível mediante a realização de prova pericial para se demonstrar de forma clara e efetiva a ocorrência do dano ambiental, o que se mostra incompatível com o rito do mandado de segurança que não admite lastro probatório.

Já a ação popular é o instrumento que, não se utilizando da legitimação extraordinária, só pode ser proposto pelo cidadão, a saber aquele que se encontra no gozo de seus direitos políticos, para a defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico e cultural.

Apesar da sentença da ação popular ter natureza desconstitutiva e somente de maneira secundária natureza condenatória, uma vez que tem como função principal atacar o ato lesivo

e não suas conseqüências, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reconhece a possibilidade de se utilizar a ação popular como meio para impugnar atos administrativos omissivos mesmo que isto resulte em uma eventual condenação de obrigação de fazer ou não fazer.

Por fim, o instrumento considerado o mais adequado e eficaz para o controle judicial da omissão ilícita da Administração, é a ação civil pública, mediante a participação popular por meio dos entes legitimados, na pretensão de exigir a concretização de prestações estatais positivas. O fato de ser o instrumento mais adequado à proteção do bem ambiental decorre principalmente da possibilidade de usufruir de todos os tipos de provimentos jurisdicionais existentes no ordenamento jurídico capazes de proporcionar uma tutela efetiva do meio ambiente.

Em vista do exposto, ratifica-se a viabilidade do controle judicial da omissão administrativa que lesa e prejudica o meio ambiente, ressaltando a necessidade desse controle para a efetivação dos direitos fundamentais que exigem, para a sua concretização, a atuação positiva do Estado, sem deixar de reafirmar a existência de instrumentos processuais por meio dos quais a sociedade pode suscitar, de forma eficaz, o controle judicial, retirando o Judiciário da sua inércia e perseguindo o seu direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado conforme assegurado pela Carta Constitucional.

## REFERÊNCIAS

ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 05 mai. 2000. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp101.htm)>. Acesso em: 10 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 jul. 1965. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4717.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4717.htm)>. Acesso em: 12 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política de meio ambiente, seus fins, mecanismos de formulação e aplicação e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 02 set. 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm)>. Acesso em: 05 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 25 jul. 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/L7347orig.htm)>. Acesso em: 19 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)> Acesso em: 19 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.494 de 10 de setembro de 1997. Disciplina aplicação da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, altera a Lei nº 7.347 de 24 de julho de 1985 e dá outras



providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9494.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9494.htm)>. Acesso em: 01 jun. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jul. 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10257.htm)>. Acesso em: 5 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 24 mar. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Ação Popular. Interesse de agir. Recurso Especial nº 88766 – SP, 2ª Turma. Rel. Min. Castro Meira. DJ. 04/10/2007. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 21 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo. Possibilidade do Judiciário compelir o município a cumprir seu dever de controle do loteamento e parcelamento de terras. Recurso Especial nº 292.846-SP. 1ª Turma. Rel. Min. Humberto Gomes de Barros. DJ 07/03/2002. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27 fev. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Administrativo e Processo Civil. Obras de recuperação em prol do meio ambiente. Ato administrativo discricionário. Recurso Especial nº 429.570-GO. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 11/11/2003. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 27 fev. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil e Administrativo. Norma programática. Auto-executoriedade. Proteção por via da ação civil pública. Possibilidade. Não corresponde à ingerência do Poder Judiciário. Recurso Especial nº 575.998-MG. 1ª Turma. Rel. Min. Luiz Fux. DJ. 07/10/2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 24 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil e Administrativo. Fornecimento de medicamentos. Bloqueio de valores para assegurar o cumprimento da decisão judicial. Possibilidade. Recurso Especial nº 784241/RS. 2ª Turma. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ. 23/04/2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional e do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas. ADPF nº 45 MC/DF. Rel. Min. Celso de Mello.

DJ.29/04/2004. Disponível em:<  
<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>. Acesso em:  
 03 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação Civil Pública. Danos ao meio ambiente em decorrência da omissão do Poder Público. Dever do município de regularizar o uso e ocupação do solo. Ato administrativo vinculado. Apelação cível nº 2004.001.18744. 11ª Câmara Cível. Rel. Des. Helena Bleck Klausner. DJ. 06/10/2004. Disponível em:  
 <<<http://www.tj.rj.gov.br>> Acesso em: 03 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação popular. Pretensão exclusivamente condenatória. Carência da ação. Apelação e Reexame necessário nº 70013918982, Terceira Câmara Cível, Rel. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, DJ. 31/05/2007. Disponível em:  
 <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 23 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de segurança. Impugnação do edital de licitação por não exigir a apresentação do licenciamento ambiental. Cabimento. Reexame necessário nº 70008107518. 21ª Câmara Cível. Rel. Genaro José Baroni Borges. DJ. 09/06/2004. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 20 mai. 2008.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal – 3ª Região. Ação Civil Pública. Hard case ( casos difíceis). Conflituosidade entre princípios. Utilização de metódica de concretização constitucional. Apelação cível nº 261.220/SP. 1ª Turma. Rel. Juiz Davi Diniz. DJ. 19/06/2001. Disponível em: <<http://www.trf3.gov.br>>. Acesso em:17 abr. 2008

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 14ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C.R. *Teoria geral do processo*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

\_\_\_\_\_, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001.

FACCHINI, Nicole Mazzoleni. O controle judicial das políticas públicas: a questão da reserva do possível, da legitimação e do princípio da separação dos poderes. *Páginas de Direito*. jun. 2007. Disponível em: < [http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle\\_nicole.php](http://www.tex.pro.br/wwwroot/00/070620controle_nicole.php) > Acesso em: 10 mar. 2008

FERREIRA, Ximena Cardoso. A possibilidade do controle da omissão administrativa na implementação de políticas públicas relativas à defesa do meio ambiente. *Ministério Público-RS. Seção Doutrina*. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br/ambiente/doutrina/id376.htm>.> Acesso em: 03.10.2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 9ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *O controle judicial das políticas públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

GOMES, Luís Roberto. *O Ministério Público e o controle da omissão administrativa: o controle da omissão estatal no direito ambiental*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de segurança coletivo: legitimação, objeto e coisa julgada. *Revista de Processo*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 15, n. 58, jan./mar.1990. p.96-101.

GSCHWENDTNER, Loacir. Direitos Fundamentais . *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 51, out. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: 08 maio 2008.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 14º ed. rev. amp. atual. São Paulo: Malheiros. 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 21ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*: doutrina, prática, jurisprudência, glossário. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Limites e Controle dos Atos do Poder Público em Matéria Ambiental. In: MILARÉ, Édís (coord.) *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 28 – 61

\_\_\_\_\_. Proteção do meio ambiente: a omissão do Poder Público e o papel do Judiciário no controle da Administração Pública. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 8. nº 30. jun. 2003. p. 35-44.

\_\_\_\_\_. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v.4, nº 15. jul/set 1999. p. 61-80.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 3º ed. São Paulo: Atlas, 2000

MOTTA, Sylvio, BARCHET, Gustavo. *Curso de direito constitucional*. ed. atual. Rio de Janeiro: Elsevier, 1997.

NALINI, José Renato. O Juiz e a Proteção dos Interesses Difusos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Ed. RT, nº 680. p. 260-275.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Instrumentos de tutela de direitos constitucionais*: teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. Proteção Ambiental em Juízo: omissão administrativa – questões relevantes. *Revista de Direito Ambiental*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. v. 8, nº 7. jul./set. 1997. p. 132-136.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Mandado de segurança e controle jurisdicional*: mandado de segurança coletivo, enfoques trabalhistas e jurisprudência. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle dos atos de governo pela jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

PASSOS, Lidia Helena Ferreira da Costa. Discrecionalidade Administrativa e Justiça Ambiental: novos desafios do Poder Judiciário nas ações civis públicas. In: MILARÉ, Édís (coord.) *Ação Civil Pública. Lei 7.347/1985 – 15 anos*. 2ª ed. rev. e atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 493-524.

PINOCHET OLAVE, José Ignacio. “El derecho al ambiente como derecho humano: relaciones y desafíos para su reconocimiento”. In: ENCuentro INTERNACIONAL DE DERECHO AMBIENTAL, 2., 2003, Ciudad de Mexico. *Memorias del Segundo Encuentro Internacional de Derecho Ambiental*. Mexico: Instituto Nacional de Ecología, 2004. p. 525-538.

RUIZ, Urbano. A Utilização do Judiciário para Questionar e Obrigar a Administração a Desenvolver Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, nº 36. out./dez. 2001. p. 251-256.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª ed., rev, atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 2ª ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

TESSLER, Luciane Gonçalves. *Tutelas jurisdicionais do meio ambiente: tutela inibitória, tutela de remoção, tutela do ressarcimento na forma específica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004

TOSE, Fernanda Silva. O controle judicial das omissões ou falhas legislativas e administrativas. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 33, set. 2006. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=1281](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1281)> Acesso em 06/03/2008.

TOPAN, Luiz Renato. O Ministério Público e a ação civil pública ambiental no controle dos atos administrativos. *Revista Justitia*. São Paulo, 56 (165), jan/mar. 1994. p. 46 – 55.